

Konkurskarantene som reaksjon i lys av svensk næringsforbud og dansk fødevarenæringsbrev



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 230

Leveringsfrist: 1.juni 2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 36982* ord

22.05.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>UTGANGSPUNKT.....</u>	<u>2</u>
2.1	Konkurskarantenen.....	2
2.2	Det svenske næringsforbudet og automatisk karantene	4
2.3	Dansk fødevarenæringsbrev	6
<u>3</u>	<u>KONKURSKRITERIUM</u>	<u>8</u>
<u>4</u>	<u>PERSONKRETSEN</u>	<u>14</u>
<u>5</u>	<u>MATERIELLE VILKÅR</u>	<u>24</u>
5.1	Den straffbare handlingen	25
5.1.1	Bevisvurderingen av straffbare forhold	35
5.2	Kvalifikasjoner som forsvarlig forretningsførsel?.....	38
5.3	Årsakssammenheng og tilknytning	43
5.4	Rimelighetsvurderingen.....	56
<u>6</u>	<u>RETTSFØLGER.....</u>	<u>68</u>
6.1	Varighet.....	81
6.2	Registrering.....	82

6.3	Straff ved overtredelse av forbud.....	84
6.4	Rettskraft.....	85
6.5	Anke	88
6.6	Omgjøring	90
6.7	Bortfall og opphevelse	91
6.8	Midlertidig næringsforbud og frakjennelse av næringsbrev.....	93
7	<u>STRAFF ELLER IKKE STRAFF</u>	<u>95</u>
7.1	Konkurskarantene som administrativt rettighetstap	97
7.2	Konkurskarantene som reaksjon etter EMK.....	101
7.3	Det svenske næringsforbudet som straff?	110
7.4	Det danske næringsbrevet som straff?	114
7.5	Konkurskarantene som tilbakekall?.....	117
8	<u>FORHOLDET TIL STRAFFEPROSESSEN – KRAVET TIL FORSVARLIG SAKSBEHANDLING</u>	<u>118</u>
8.1	Kravet til kontradiksjon – hvem er motpart.....	123
8.1.1	Saksomkostningsspørsmålet	126
8.2	Varsling	130
8.3	Muntlighetsprinsippet	133
8.4	Oppnevning av forsvarer	137
8.5	Rimelig tid	141

8.6	Domstolens nøytralitet	148
8.7	Likhetsprinsippet i forhold til skjønnsutøvelsen	151
9	<u>VERNET MOT DOBBELTSTRAFF OG DOBBELT STRAFFORFØLGNING</u>	<u>153</u>
10	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</u>	<u>160</u>
11	<u>LOV- OG FORARBEIDERREGISTRE</u>	<u>162</u>
12	<u>DOMSREGISTER.....</u>	<u>166</u>
13	<u>LENKER.....</u>	<u>168</u>
14	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>2</u>

1 Innledning

Min masteroppgave tar for seg reglene om det svenske næringsforbudet og danske fødevarenæringsbrev som kan sammenlignes med norsk konkurskarantene.

Subsidiært tar oppgaven for seg hvorvidt reaksjonene er straff og reaksjonenes forhold til den ilagtes rettssikkerhet. Med rettssikkerhet menes individets vern mot statlig inngrep gjennom materielle eller prosessuelle rettigheter.

Rettskildebildet på dette området er ikke det mest mangfoldige. Oppgaven vil derfor være fokusert på lovtekster og forarbeider, i tillegg til det som måtte forekomme av juridisk teori.

Konkurskarantenereglene er i dag under endring. I tillegg til at det fortsatt er pågående diskusjoner om hvorvidt rettighetstapet etter strl. § 29 bør regnes som straff.

2 Utgangspunkt

Kapittel 2 er først og fremst en presentasjon av de ulike lovgivningene. Etter kapittelet inndeles oppgaven i 3 deler. Del 1 består av kap.3-6 og omhandler formelle og materielle vilkår ved de ulike lovgivningene og reaksjonenes rettsfølger. Hensikten med dette er å fremheve forskjeller og likheter som skal ligge til grunn for drøftelsene i del 2 og 3. Innholdet er derfor av generell karakter. Del 2 som består av kap. 7 tar sikte på å fastlegge hvorvidt konkurskarantene som reaksjon kan betegnes som straff. Dette underbygges av det jeg kommer frem til i del 1, men subsidiært etter en jevnføring med svensk og dansk lovgivning. Til slutt består del 3 av kap.8 og 9 og er en subsidiær drøftelse av del 2 for hvorvidt konkurskarantene likevel bør betegnes som straff. Hovedtyngden av denne drøftelsen vil være på saksbehandlingsreglene.

2.1 Konkurskarantenen

Den tidligere varianten av konkurskarantene ble regulert av aksjeloven fra 1976 og personkretsen den gang var ikke særlig ulik dagens.¹ 1976-loven omfattet også personlige konkursskyldnere, administrerende direktører og styremedlemmer i aksjeselskaper. Likevel var den store hovedforskjellen fra dagens ordning at reaksjonen inntrådte automatisk, dog med dispensasjonsadgang. En annen forskjell var at regelen

¹ Aksjeselskapsloven 1976 §§ 13-19 og 13-20, § 13-20

gjaldt hovedsakelig aksjeselskaper, men dette endret seg da reglene ble revidert og overført til konkursloven. Da fikk instituttet større anvendelsesområde til å omfatte også andre selskapsformer og sammenslutninger. Dagens ordning har til gjengjeld valgt å beholde hovedelementene i § 13-20 som besto i at konkursdebitor kan fratas eksisterende verv. Selv om regelen i dag er modifisert er den tidligere oppfatningen av inngrepets alvorlighetsgrad beholdt i tråd med dagjeldende lovgivervilje, og en eventuell utvidet karantene blir ilagt først etter individuell prøving. Den automatiske inntredelsen ble derimot ikke beholdt med årsak i refinansieringssynspunktet fordi det ville bli vanskelig for selskaper å få innskutt frisk kapital gjennom nye styremedlemmer og ledelse om disse risikerte konkurskarantene i 2 år.² En annen uønsket effekt var kvalifiserte personers flukt fra å påta seg verv for å redde selskaper i nedgangstider. En stod derfor mellom ønsket om et sunt næringsliv og et der det ikke fantes håp for å berge selskaper som ikke var i oppgang, og det siste momentet var så altoverskyggende at den automatiske inntredelsen ble ansett som urimelig og derfor ikke videreført.

Konkurskarantenen som reaksjon har blitt beskrevet som sivilrettslig av blant annet lovforarbeider, rettspraksis og Konkursrådet.³ Tidvis har reaksjonen blitt sammenlignet

² Ot. prp. nr. 50 (1980-81) s. 123

³ Konkursrådet 1999 punkt. B.2

med et førerkortbeslag fordi reaksjonen ikke betraktes som straff. Derimot er det ikke tvilsomt at konkurskarantene anses som et inngrep i den alminnelige handlefriheten og kan derfor ikke ilegges av påtalemyndigheter slik som ved førerkortbeslag. For erverv av førerkort stilles det andre vilkår som førerprøve, i tillegg til formelle slik som alder og skikkethet. Når en har oppnådd dette, følger det med en del sivilrettslige forpliktelser og rettigheter. Selskapslovgivningen setter ikke andre tilleggsvilkår enn de formelle med hensyn til hvem som kan være stifter av en næringsvirksomhet. Det forutsettes at vedkommende har rettslig handleevne og formelle vilkår er typisk registrering i foretaksregisteret og opprettelse av et stiftelsesdokument, se fregl. §§ 2-1 og 4-1 jfr. aksjeloven §§ 2-1 flg.

Eksempelvis kan forskjellen være at ved et førerkortbeslag fratas man muligheten til å føre motorvogn og betegnes som uskikket til å gjøre det med hensyn til evnen til å føre motorvogn. Når konkursdebitor fratas muligheten til å utøve verv og næringsvirksomhet, betyr det ikke nødvendigvis bare en henvisning til manglende evne til å føre regnskap og så videre, men også til personens etikk og moral. Personen kan oppfattes som en svindler eller et dårligere menneske på grunn av konkurskarantenen. I tillegg til at konsekvensen kan reelt sett innebære et yrkesforbud for konkursdebitor, spesielt der konkursdebitor er profesjonell styremedlem og ilagt utvidet karantene. Spørsmålet blir heller om det er riktig å likestille et førerkortbeslag med konkurskarantene enn å sidestille dem.

I forhold til grensedragningen mellom konkurskarantene og rettighetstap etter straffeloven § 29 har Ot. prp.nr. 50 (1980-1981) s.50 uttalt følgende:

”Konkurskarantene etter reglene i aksjeloven kommer i tillegg til mulige andre reaksjoner slik som straffeansvar, erstatningsansvar, omstøtingsregler mv.. Det kan særlig være grunn til å nevne at reglene ikke overflødiggjør regler om rettighetstap som straff etter strl § 29...”

2.2 Det svenske næringsforbudet og automatisk karantene

Sverige har to varianter som mulige svar på konkurskarantenen. Den ene befinner seg i Aktiebolagslagen og går under ”automatisk karantene”. Lovplasseringen tilsvarer 1976-formen for konkurskarantene, noe som betyr at den svenske automatiske karantenen

gjelder kun for aksjeselskaper. Den automatiske inntredenens betinges av et konkurskriterium, slik som ved konkursskarantene. Til gjengjeld fremstår den som en kvalifikasjonsregel med hensyn til hvem som kan stifte aksjeselskap eller er kvalifisert til å inneha verv etter aksjelovgivningen fordi den ikke byr til en rettslig vurdering, i motsetning til norsk konkursskarantene. Likevel kan reaksjonen være et middel mot konkursrytteri begrenset til deltakerform som konkursskarantene. Men ingenting tyder på at det er en administrativ reaksjon fra domstolene. På tross av hentydningene har heller ikke lovmotivene uttalt om en slik intensjon med regelen enn at det likestilles med et krav til bosetting og nasjonalitetskrav ved stifting og erverv av verv.⁴ Derfor lar jeg denne varianten ligge og legger til grunn Näringsförbudet som nærmeste variant av norsk konkursskarantene.

Det svenske näringsförbudet har som formål å regulere næringslivet ved å lovfeste en lov for å skjerpe aktsomhetsplikten hos ledelsen i all næringsvirksomhet og rammer misligheter utøvd i næringsvirksomheten, se NL 1 §: *"Näringsförbud skall, om det är påkallat från allmän synpunkt, meddelas den som i egenskap av enskild näringsidkare grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet och därvid gjort sig skyldig till brottslighet som inte är ringa."* Lag om näringsförbud⁵ er ment å gjelde for alle selskaper og personlige skyldnere som driver med næringsvirksomhet. Ved illeggelse av

⁴ Prop. 1975:103 s. 370 flg., Prop. 1997/98:99 s. 211 flg.

⁵ Lag om näringsförbud [næringsförbud]

næringsforbud får næringsutøveren et totalforbud mot å påta seg ledende verv eller stifte selskaper. Forbudets varighet er mellom 3 år til 10 år og kan kun ilegges av en domstol.

2.3 Dansk fødevarenæringsbrev

Danmark har ikke et institutt som tilsvarende konkurskarantene. Dansk kommissorium fra 2000 har fremmet spørsmål om behovet for konkurskarantene i dansk rett, og dansk Konkursråd uttalte i tilsvaret fra 2009 at spørsmålet om konkurskarantene er under behandling. I relasjon til konkurskarantene ble det i et høringsnotat om rekonstruksjon fra 2010 uttalt av en arbeidsgiverforening at det avventer Konkursrådets behandling av konkurskarantenespørsmålet. Dette understreker at konkurskaranteneinstituttet for øyeblikket ikke eksisterer i dansk rett.

Det norske Justisdepartementet uttalte også at gjeldende dansk rettsstilstand ikke hadde et konkurskaranteneinstitutt.⁶ Det ble henvist til et system av autorisasjoner og bevillinger. Derfor tas det utgangspunkt i disse henvisningene for den videre drøftelsen: *"Etter dansk rett kreves det næringsbrev for å drive en rekke virksomheter, herunder*

⁶ Justisdepartementets høringsnotat 2004

hotell og restaurant. I tillegg kreves det bevilling for å drive yrker som f.eks. revisor eller eiendomsmegler. Ved konkurs blir innehaveren fratatt næringsbrevet eller bevillingen automatisk. Dette skjer ved administrativ beslutning.". Siden 2004 har dansk næringsbrevlovgivning undergått en forenkling fra flere typer næringsbrev til å være et næringsbrev. Dette henføres under lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheter. Det bemerkes at Hotell- og alkoholbevillingsloven også stiller krav til erverv av skjenkebevilling at innehaveren ikke er under konkursbehandling. Vilkåret betraktes som et formelt vilkår ettersom loven ikke angir en vurdering vedrørende uskikkethet og vil derfor ikke berøres av oppgaven. Det nærmeste man kommer konkursskarantenens rettsvirkninger er frakjennelse av fødevarenæringsbrev.⁷ Avgjørelsene om frakjennelse ilegges av domstolen, men reaksjonen er plassert i et autorisasjons- og godkjennelsessystem håndhevet av forvaltningen. Loven gjelder for selvstendig næringsvirksomhet som driver med videresalg av fødevarer, altså mat, rettet mot forbrukere. Næringsvirksomhet som omfattes av loven er hovedsakelig restauranter, spisesteder og catering. Også tidligere ledd som behandler næringsmidlet, slik som engrosvirksomhet, er pliktig til å ha næringsbrev.

Hovedregelen i Danmark er at enhver dansk statsborger⁸ har rett til å utøve næring såfremt de har rettslig handleevne, se dansk Næringslov § 1. Næringsbrevloven er i

⁷ Lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheter [fnbl.]

⁸ Et unntak av domisilprinsippet til fordel for EU-borgere finnes i samme lov § 3.

praksis et inngrep på prinsippet om full næringsfrihet. Men lovens alminnelige virkeområde medfører kun en sektorbegrenset innskrenkning av prinsippet fordi den stiller krav til erverv av næringsbrev for å kunne drive en konkret type virksomhet.

3 Konkurskriterium

Dette kapittelet tar for seg vilkårene som må være tilstede før ileggelsen av de ulike reaksjonene. Forut beslutningen for ileggelse av konkurskarantene fremgår det av ordlyden et vilkår om at boet er ”under konkursbehandling”.⁹ Kravet tolkes som at det er åpnet konkurs etter en av konkurspresumpsjonene etter konkursloven §§ 60, 62, 63 jfr. 61. Følgende betyr ”under konkursbehandling” et vilkår om formell konkursåpning hvor partiell insolvens¹⁰ i form av enten insuffiensi eller illikviditet alene, ikke er tilstrekkelig for å kunne reise konkurskarantenespørsmålet. Begrunnelsen for at det

⁹ Konkursloven § 142 (1) [kkl.]

¹⁰ Med insolvens menes de kumulative vilkårene er til stede ved at konkursdebitor eller virksomheten er ute av stand til å opprettholde sine betalingsforpliktelser, og dette er ikke av forbigående karakter (illikviditet) og debitors forfalne forpliktelser overstiger dennes eiendeler (insuffiensi) er til stede, jfr. Andenæs (1999) s.6.

kreves formell konkursåpning ligger i systemets manglende mulighet til å håndheve insolvenstilfeller, men også ut fra et effektivitetshensyn fordi en utvidelse av kriteriet medfører en risiko for misbruk av instituttet, og som igjen kan resultere i økt arbeidsmengde for domstolene. Samtidig som ordlyden i kkl. § 143 (1) taler for at det ikke foreligger et absolutt vilkår til at boet er ”under” behandling: ”... *som behandler konkursboet eller har behandlet det.* ”. Den praktiske begrunnelsen er at behandling av konkursbo kan strekke over lang tid fordi retten også har andre administrative oppgaver eller bobehandlingen forsinkes på grunn av boets størrelse. Mest praktisk er det i betydningen av en fristforlengelse, hvor påtalemyndigheter kan begjære konkursskarantene etter endt konkursbehandling etter § 142 (1) nr.1. Det er uomtvistelig at etterforskning kan ta lang tid, og det ville motvirke håndhevelsen om adgangen for ileggelse av karantene innskrenkes.

Det svenske næringsforbudet¹¹ 2 § har mest til felles med konkursskarantenen fordi den forutsetter at næringsvirksomheten har endt i konkurs. Dette kan tolkes som et inntredenskriterium slik som konkursskarantenens konkursskriterium, selv om regelens anvendelse betinges av at hovedkriteriet allmenne hensyn er oppfylt. Tiltalte må ha opptrådt grovt utilbørlig mot sine kreditorer eller på annet vis tilsidesatt sine

¹¹ Heretter NL

forpliktelser i næringsvirksomhet og med det begått straffovertredelse som ikke er av ubetydelig størrelse.¹² Hittil virker næringsforbudet å ha et felles trekk med norsk konkurskarantene.

Spørsmålet er om dansk fødevarenæringsbrev stiller et inntredenskriterium tilsvarende det som finnes i norsk konkurskarantene og svensk næringsforbud. Den danske Fødevarenæringsbrevlovens virkeområde har ikke et kriterium med konkurs for øye ved frakjennelse av næringsbrev. Det har sammenheng med lovens formål som er å regulere salg av næringsmidler til forbrukere gjennom utsiling av useriøse aktører. Dansk fødevarenæringsbrev har derfor et inntredenskriterium som ikke nødvendigvis er begrenset til konkurstilfeller slik som norsk konkurskarantene og svensk næringsforbud.

Loven stiller derimot et kriterium om "*dom for straffbart forhold*".¹³ Kriteriet kan tolkes på to måter enten som at det må foreligge en straffedom før frakjennelse av næringsbrevet kan behandles av retten eller som at frakjennelse må skje i sammenheng med straffesak. For å avklare dette forholdet har dansk lovkommentar henvist til at lovens oppbygning er samme som den danske straffelovens regel om rettighetstap etter

¹² En henvisning til straffbarheten

¹³ Ibid § 11

§ 79.¹⁴ Dansk rettighetstap stiller ikke krav om dom for overtredelse. Følgende betyr det at overtredelsen i seg selv gir tilstrekkelig grunnlag til frakjennelse av næringsbrevet og at det ikke stilles vilkår om at frakjennelse må skje i sammenheng med straffesak. Med andre ord er den første tolkningen i overensstemmelse med rettsoppfatningen.

Rettens vurdering av konkursskarantenespørsmålet skjer på bakgrunn av bostyrers innberetning. Saksgangen starter når bostyrer sender innberetningen til retten innen 3 måneder etter oppnevningen¹⁵ om retten ikke har bestemt noe annet, og fristen vil normalt settes fra konkursåpningstidspunktet¹⁶, se konkursloven § 120: ” *Dersom ikke tingretten ved oppnevningen av bostyrer eller senere bestemmer annet, skal bostyreren, eller bostyret dersom det er oppnevnt, kreditorutvalg, senest tre måneder etter oppnevningen avgi innberetning til tingretten, som bl.a. skal inneholde:...* 7) *en vurdering av om det foreligger forhold som omfattes av reglene om konkursskarantene i § 142.* ”.

Konkursloven § 143 angir både den saklige og stedlige kompetansen for hvilken myndighet som kan treffe kjennelse om konkursskarantene. Den saklige kompetansen

¹⁴ Dansk Karnov Information om LBKG 2009-10-29 nr 1034 Straffeloven § 79 note 336

¹⁵ Konkursloven § 77

¹⁶ Konkursloven §§ 120 jfr. 74

tilligger ”tingretten”, og den stedlige kompetansen tilligger da hos ”den tingrett som behandler konkursboet eller som har behandlet det”. Dette fremgår også av andre paragrafer slik som ordlyden i § 142 (1): ”... *kan settes i konkursskarantene av tingretten...*”.

Når det er sagt, er ikke det noe i veien for at retten likevel velger å ilegge karantene ex officio om den finner grunnlag for anvendelse av kkl. § 142 under bobehandlingen.¹⁷

Den prosessuelle forklaringen har sammenheng med at tingretten som har behandlet boet gjerne har førstehåndskunnskap om forholdene, slik at det også er prosessøkonomisk at samme tingrett innstiller konkursskarantene. Hvordan dette medfører tvil om domstolens nøytralitet omtales punkt 8.6.

Påstand om illeggelse av det svenske næringsforbudet nedlegges i sammenheng med straffesak. Om svenske påtalemyndigheter avstår fra å reise tiltale kan Kronofogdmyndigheten (Statens innkrevingssentral), Konkurrentverket (Konkurransetilsynet) eller retten selv begjære næringsforbud etter domstolsprosessens regler.¹⁸

Det svenske næringsforbudets 8c § har en saklig og stedlig kompetanseregel med

¹⁷ Ot. prp. nr. 39 (1982-83) s. 9

¹⁸ Lag om näringsförbud 8 §-8 b §.

samme innhold som kkl. § 143: ”... görs ansökan hos tingsrätten i den ort där näringsidkaren har sitt hemtvist” jfr. (2)” og ” Om ärendet gäller näringsförbud med stöd av 2 §, är även den tingsrätt som handlägger eller har handlagt konkursen behörigt at pröva ärendet.”. Den eneste forskjellen er at saksbehandlingsreglene avhenger av hvilken paragraf det vurderes illeggelse etter. Blir påstand om illeggelse av næringsforbud nedlagt i sammenheng med straffesak vil saksbehandlingsreglene være etter Rättegångsbalken¹⁹. Hvis ikke blir lovens ordning en prosessform etter domstolsloven, jfr. NL 8 a §: ”Om intet annat föreskrivs i denna lag, handläggs ett ärende om näringsförbud enligt 1 a och 2 §§ enligt lagen om domstolsärenden”. Dette resulterer i en forskjell fra norsk konkurskarantene ettersom det er offentlige interesser som fører sak om næringsforbud eller frakjennelse av næringsbrev.

Danske regler om fødevarenæringsbrev har valgt samme fremgangsmåte som det svenske næringsforbudet. Begjæring om frakjennelse skjer enten av Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller påtalemyndigheten. Dette er ut fra den slutning at frakjennelse ikke kan begjæres til retten med mindre næringsbrevinnehaveren kan konstateres for 3 vesentlige overtredelser.²⁰ Opplysningene er kun tilgjengelig for Erhvervs- og

¹⁹ Lovgivning som tilsvarende straffe- og sivilprosessregler

²⁰ Dansk Karnov om L 2004-06-09 nr 486 Næringsbrev til fødevarebutikker note 53.

Selskabsstyrelsen som administrerer registeret samt påtalemyndigheten som har lovfestet adgang etter loven.²¹ Det forutsettes videre at overtredelsene skal registreres eller kan registreres i det interne registeret.

Dansk rett omtaler ikke kompetansespørsmålet. Gjennom ordlyden har fødevarenæringsbrevloven § 11 stk. 1 likevel trukket linjen mot en domstolsprosess: *”Retten til at udøve virksomhed i henhold til § 1, stk. 1, kan frakendes en person eller et selskab m.v. (juridiske personer) ved dom for strafbart forhold...”. Jfr. stk. 4, ” ved kendelse udelukker”.*

Konkurskarantenen og det svenske næringsforbudet synes å ha flere likhetstrekk med hensyn til formelle inntredenskriterier sammenlignet med dansk rett.

4 Personkretsen

Etter konkursloven kan konkursdebitor være enten en juridisk eller en fysisk person.

²¹ Fødevarenæringsbrevloven §§ 7 jfr. 9

Denne får sitt konkursbo behandlet ved det alminnelige vernetinget, altså der konkursdebitor har sin bopel, jfr. Tvisteloven. Om konkursboet derimot er en juridisk person vil riktig verneting være der selskapets hovedkontor er registrert ifølge Foretaksregisteret.²² Begrepsbruken i kkl. § 142 trekker i retningen av at juridiske personer ikke omfattes. ”En skyldner hvis bo” kan enkelt relateres til en juridisk persons bo, men skyldsvurderingen i forhold til § 142 (1) nr. 1 og uskikkethetsvurderingen i nr. 2 kan vanskelig sammenholdes med en juridisk person. Uansett om den juridiske personen innehar partsevne, møter man allerede vanskeligheter i forhold fastleggelsen av den juridiske persons handleevne, før en i det hele tatt skal vurdere skyld og uskikkethet hos en juridisk person²³, med mindre det er tale om objektivt ansvar. Det er derfor naturlig å legge til grunn, også på grunn av karantenereglens virkninger på utførelse av verv og plikter at personkretsen gjelder kun fysiske personer i form av daglig leder²⁴ og styremedlem og andre nevnt av loven. Det rette vernetinget er i så fall der han eller henne har sin bopel. Det bemerkes at

²² Konkursloven § 146 jfr. Tvisteloven § 4 -4 (2) og (3)

²³ Dette kan sees i sammenheng med Tvisteloven §§2-2 jfr. 2-3 og 2-5 som omhandler ”upersonlige rettssubjekter”, kjent som juridiske personer, og deres ikke-eksisterende prosessevne. Prosessdyktigheten viser til evnen til å foreta eller unnlate å foreta handlinger under rettssaken som kan binde retten slik som å inngå forlik osv. Dette er i motsetning til de juridiske personers partsevne angitt i § 2-1 som gir den juridiske personen søksmålskompetanse eller partskompetanse.

²⁴ Jfr. Aksjeselskapsloven 1997 §§ 6-11 og 6-15

grunnet lovtekniske hensyn forholder lovspråket i 1. til 5.ledd til personlig skyldner, hvorav dette endres og personkretsen utvides i 6.ledd til å gi ovennevnte ledd lik anvendelse overfor personer tilknyttet selskaper:

”Reglene om konkursskarantene gjelder tilsvarende for den som i løpet av det siste året før konkurs blir åpnet i selskapets bo

1) *har vært fullt ansvarlig deltager i et ansvarlig selskap eller komandittselskap, eller*

2) *formelt har innehatt eller reelt utøvet verv som medlem eller varamedlem av styret eller som daglig leder (administrerende direktør) i et selskap som nevnt i femte ledd.”* Paragrafens nr.1 omfatter ”personlige skyldnere” i ansvarlige selskaper, noe som egentlig er litt merkelig med hensyn til instituttets formål: å hindre fremtidig deltakelse i ansvarsbegrensede selskapsformer. Den nevnte målgruppen befinner seg i nr.2, *”medlem eller varamedlem av styret eller daglig leder (administrerende direktør) i et selskaps som nevnt i femte ledd”*. Det kan tenkes lovgiver ikke ønsket å begrense personkretsen til selskaper med begrenset deltakerform fordi en ønsket nemlig å gi karantenen større virkeområde for at det skulle bli mer effektiv. Om det motsatte skulle være tilfellet betydde det ingen realitetsendring ved overflyttingen til konkursloven, noe som ikke gir mening. En annen mer aktuell begrunnelse er at det ville vært lettere å starte opp igjen med et selskap med begrenset deltakeransvar etter en konkurs i

ansvarlig selskap.

I forhold til det svenske næringsforbudet omtales personkretsen som *”enskild näringsidkare”* og forstås som *”næringsutøvere i næringsvirksomhet”*.²⁵ Ut fra ordlyden er tolkningen tvetydig, men samme argumentasjon for begrensningen i forhold til juridiske personer ved illeggelse av konkurskarantene får likevel betydning. Regelen omfatter primært personer i ledelsesposisjoner i selskapene:

”Har näringsverksamhet bedrivits av en juridisk person får, under förutsättningar som anges i 1-3 §§, näringsförbud meddelas, i fråga om

kommanditbolag: komplementär

handelsbolag: bolagsman,...

aktiebolag och försäkringsbolag: ledamot och suppleant i styrelsen samt verkställande direktör och vice verkställande direktör,

bankaktiebolag, sparbank och ekonomisk förening: ledamot och suppleant i styrelsen,

uropeisk ekonomisk intressegruppering med säte i Sverige: företagsledare,

europabolag och europakooperativ med säte i Sverige: ledamot och suppleant i

förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan samt verkställande direktör och vice

verkställande direktör,...”.

²⁵ NL 1 §

Det svenske lovverket har også omformet reglene rundt personlig skyldner de første leddene før det bryter med juridiske personers begrensede ansvar i en senere paragraf. Dette er en annen form for ansvarsgjennombrudd med sanksjon for øyet. På den ene siden består NL 4 § stort sett av juridiske personer med begrenset ansvar, i likhet med konkurskarantenen. Det kan tenkes at regelens utforming kan være et utslag av lovgivers intensjon om å understreke all næringsvirksomhet virkelig omfatter alt, uten unntak.²⁶ Loven kan på den måten sørge for at visse organisasjonstyper ikke foretrekkes fremfor andre med sikte på omgåelse.

Norge har likevel ikke inkludert banker og sparebanker i sin helhet, noe som har blitt uttalt i forarbeidene at behovene er ikke like fremtredende slik som ved andre selskapsformer.²⁷

Ileggelse av svensk næringsforbud betinges av et tilknytningskriterium til næringsutøveren og de straffbare handlingene fordi de straffbare handlingene må ha blitt begått i næringsvirksomheten, og personen må ha hatt sin stilling da unnlatelsen etter 1 a § skjedde²⁸, eller selskapet gikk konkurs etter 2 §, eventuelt overtredelse av konkurranselovgivning inntraff etter 2a §: ”... om denne begått brottet i *näringsverksamheten eller innehade sin ställning när betalningen av skatt, tull eller*

²⁶ Et utslag av hensynet til forutberegnelighet for brukerne, spesielt når loven er generell.

²⁷ Ibid s. 53

²⁸ NL 4 §, 8 stk.

avgift underläts, den juridiska personen försattes i konkurs eller förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) eller artikel 81 i EG-fördraget överträdde.”. Hvis næringsforbud ilegges etter 2 § konkursoalternativet skal næringsutøveren ha hatt sin stilling senere enn 1 år innen konkursobegjæringen kom inn til tingsretten, se 4 §, 8 stk.

Til sammenligning består personkretsen i dansk fødevarenæringsbrev av både fysiske og juridiske personer: ”... *kan frakendes en person eller et selskap m.v. (juridiske personer)*...”. Dette kan forklares ut fra lovens formål som er rettet mot virksomheter som driver med salg av fødevarer, enten gjennom detaljsalg, restauranter, catering eller engros, såfremt de har forbrukere som målgruppe, se fnbl. § 1. Også fordi organiseringen gjerne tar form som selskapsformer som ”selvstendig erhvervsvirksomhed” av praktiske hensyn. Forutsatt det ikke stilles vilkår for private personer, taler det ikke for at alle og enhver kan starte og selge næringsmidler uten regulering, såfremt de ikke drev det som selvstendig næringsvirksomhet. En slik omgåelse ville ikke bare vært uoversiktlig, men skadelig for folkehelsen også. Dette er nok en av årsakene til at ordningen eksisterer. Næringsbrev kan derfor erverves av juridiske personer ved at fysiske personer innehar verv i styret og disse har bestått næringsprøven²⁹: ”*Selskaber m.v. har ret til næringsbrev, når et medlem af ledelsen har*

²⁹ Fnbl. § 4, stk. 2.

bestået den i stk. 1 nævnte prøve, eller når et medlem af ledelsen har gennemført en erhvervsuddannelse, der er omfattet af § 5, stk. 2.”. Det at den danske næringsbrevloven og svensk automatiske karantene³⁰ kan ilegges overfor både fysiske personer og juridiske personer kan tilregnes den summariske siden ved reaksjonene. Siden erverv av næringsbrev er tilknyttet den juridiske personen eller den fysiske personen vil frakjennelsen kun ramme næringsbrevinnehaveren. Loven stiller ikke andre vilkår til personkretsen foruten tilknytningen mellom næringsbrevet og den selvstendige næringsvirksomheten. Personkretsen i dansk lovgivning er derfor noe ulik svensk og norsk rett på dette punktet.

På den andre siden har konkursloven § 142 (1) nr.2 gjennom ”reelt utøvet” utvidet personkretsen ytterligere til tilfeller der konkursdebitor har benyttet seg av stråmenn, men vært den som reelt sett har utøvd vervet. To underrettsavgjørelser³¹ har lagt til grunn det skal det mye til før det formelle forholdet brytes og reelle forhold legges til grunn. Avgjørelsene la til grunn et krav til klar sannsynlighetsovervekt i samsvar med lovforarbeidene³². Både praksis og teori har lagt tungveiende vekt på hensynet til rettsforutberegnelighet. Men praksis foretar en konkret avveining i forhold til regelens

³⁰ Aktiebolagslagen kap. 2, 2 §

³¹ Borgarting lagmannsrett kjennelse 13. august 1999, Borgarting lagmannsrett kjennelse 28. mai 1996.

³² Ot. prp. nr. 39 (1982-83) s. 8

effektivitet.

Svensk lovgivning har også en slik utvidelse av personkretsen i form av ”reell” utøvelse³³: *”Första stycket gäller också den som i annan egenskap än där sägs faktiskt har utövat ledningen av en näringsverksamhet eller utåt har framträtt som ansvarig för en enskild näringsverksamhet.”*. Det foreligger ikke grunner som taler for en annen vektlegging av hensynet til rettsforutberegnelighet.

Dansk fødeværenæringslovgivning har ikke en slik utvidelse av personkretsen. Dette er en innsnevring av dansk rett, men kan sees som en balansering av den tidligere utvidelsen i form av at frakjennelse kan ramme både fysiske og juridiske personer. Fordi frakjennelse av næringsbrev er tilknyttet erverv av næringsbrev og rammer en fysisk person ved frakjennelse av næringsbrev kan det i midlertidig sees om et utslag av at det reelle forholdet legges til grunn. Det kan derfor spørres om avviket i personkretsen utgjør en reell forskjell mot svensk og norsk lovgivning ettersom frakjennelsen uansett ilegges en person i selskapsledelsen.

Konkurskarantenens formål har gjennom rettspraksis og praksis undergått en endring. Reaksjonen er ikke lenger forbeholdt forretningsmannen som stadig driver flere aksjeselskaper til konkursens rand. Konkursrådet uttalte i -99: *”... ikke forutsetning at*

³³ NL 4 §, 2 stk.

vedkommende er konkursgjenganger...", samtidig som dette var ingen nyhet. Allerede i -95 ble det ilagt konkursskarantene ved førstegangskonkurs.³⁴ Spørsmålet i praksis blir heller hvor terskelen skal settes. Det er utvilsomt slik at terskelen er høy for å ilegge konkursskarantene ved førstegangskonkurs og en forutsetning at det dreier seg om "personlig konkursskyldner".³⁵ Lagmannsretten i en annen avgjørelse uttalte at det dominerende formål bak reglene for konkursskarantene var å stoppe konkursgjengangere. Men at det ikke innebar en begrensning til konkurstilfeller. Retten åpnet for en mer liberal bruk av instituttet såfremt det omhandlet grovere tilfeller av kreditorsvik eller uforsvarlig forretningsførsel og konkursskarantene er nødvendig inngripen for å hindre gjentakelse.³⁶ En annen lagmannsrettavgjørelse tolket reglene likedant og uttalte momentets vekt var begrenset. Det var nemlig ingen unnskyldelig grunn at vedkommende ikke tidligere hadde vært utsatt for konkursbehandling eller straffbare handlinger.³⁷ Praksis trekker i retning av en lavere terskel for ileggelse og det foreskrives en vurdering av sakens omfang og alvorlighet der loven bør utvides i de enkelte tilfelle for å kunne effektivisere formålet. Videre kan dette antyde brukergruppen lovgiver hadde til intensjon å ramme kanskje er for snever til å kunne få

³⁴ Konkursråd nr 5- juni 1996 s.47-49

³⁵ Rt 1993 100

³⁶ Borgarting lagmannsrett kjennelse 10. februar 1997.

³⁷ Borgarting lagmannsrett kjennelse 05. mars 1998.

full effekt.

I motsetning til underrettspraksisen har høyesterettspraksisen en overvekt av typetilfellet konkursgjengangere og begrenset utvalg der det skjer en utvidelse av ”målgruppen”. Dette kan antyde konkursskarantene først og fremst tolkes og anvendes gjennom underrettspraksis, selv om det ikke er av prejudikatverdi. Konkursrådet har underbygget lagmannsrettens praksis som verdi³⁸:

”På grunn av Høyesteretts kjæremålsutvalgs begrensede kompetanse ved videre kjæremål er det sjelden spørsmål som inneholder vurderinger av om konkursskarantene skal ilegges kommer lenger enn til lagmannsrettene. Lagmannsrettenes praksis er derfor av betydelig interesse når en skal vurdere hva som er rettstilstanden. Lagmannsrettenes avgjørelser har likevel ingen prejudikatverdi. Hovedinntrykket er at terskelen for å anvende karantene gjennomgående ligger forholdsvis høyt.”

Tradisjonelt har rettsoppfatningen også vært at skjønnsvurderingen er det opp til domstolen å legge listen. Om de ”uheldigvis” bedriver rettskapende virksomhet sees det som et utslag av presserende behov for endring og lovgiver bør straks settes på saken. Prinsipielt sett er det ikke domstolenes oppgave å stå for den rettskapende virksomhet. Om den dømmende kraft mener at utvidelse av formålet effektiviserer instituttet bedre

³⁸ <http://www.konkursradet.no/Annet/Konkursskarantene-99/>

bør det i stedet fremme endringsforslag til lovgiver. Dette begrunnes ut fra et rettssikkerhetsperspektiv hvor individets rett til forutberegnelighet er sterk.

5 Materielle vilkår

Dette kapitlet tar for seg de ulike lovgivningenes materielle vilkår for ileggelse under en felles behandling.

I henhold til norsk lovgivning og fra etterarbeidet består kkl. § 142 hovedsakelig av de materielle vilkårene for ileggelse av konkursskarantene.³⁹ Konkurskarantene angir en fakultativ reaksjon som betyr at retten ”kan” velge å ilegge karantene. Dette betyr at ileggelse ikke er en obligatorisk konsekvens på tross av at formelle og materielle vilkår foreligger.

Resultatet er derfor avvikende i forhold til det svenske næringsforbudet. I henhold til NL 2 § der ordet ”får”⁴⁰ benyttes, og ut fra en direkte oversettelse betyr det at retten må

³⁹ Innst. O. nr 56 (1983-84) s. 17

⁴⁰ ”Får” på svensk, oversettes til ”må” på norsk

ilegge næringsforbud som en obligatorisk reaksjon, når vilkårene er tilstede. Svensk rettspraksis uttalte at en obligatorisk reaksjon effektiviserer hensynet til en fast og konsekvent håndhevelse.⁴¹ Derimot anvender NL 1 § ”skall”, men det betyr også ”må”, og er derfor ikke en unntaksregel. Næringsforbudet som reaksjon er derfor nærmere en strafferettslig sanksjon enn konkurskarantene.

Til gjengjeld er frakjennelse av dansk fødevarenæringsbrev også en fakultativ reaksjon fordi loven anvender ordet ”kan”. Dette betyr at den danske regelen er lik konkurskarantenen på dette punktet.

5.1 Den straffbare handlingen

Spørsmålet er hvilken type *”straffbare handling”* omfattes av konkurskarantenen og hva menes med *”virksomhet som har medført til insolvensen”*. Aktuelle straffebud er ifølge forarbeidene straffelovens kapittel 27 som omhandler overtredelse av straffebud ved konkurs og gjeld. Dette er i overensstemmelse med etterarbeidene, der flertallet uttaler hvilke handlinger som er relevante⁴²: *”Konkurskarantene skal bare være en reaksjon mot straffbare og uforsvarlige handlinger som fører til insolvens og konkurs, eller som har direkte tilknytning til konkursen, ikke mot straffbare handlinger i sin*

⁴¹ NJA 2006 s 346

⁴² Innst. O. nr. 56 (1983-84) s. 17

alminnelighet.”. Sett i forhold til sitatet betyr det at ikke alle straffbare handlinger er relevante, noe som understrekes i en senere uttalelse om at ikke alle økonomiske forhold som utløste konkursen eller har skjedd i kjølvannet av konkursen vil være relevante. Type overtredelser som brudd på markedsføringsloven og konkurranseloven kunne ikke iberegnes som relevant. En lagmannsrettskjennelse forsøkte å belyse gruppen av ”straffbare handlinger”⁴³: ”*De straffbare handlinger det er tale om i konkursloven § 142 første ledd nr 1 er først og fremst slike som er nevnt i § 120 første ledd nr 5, dvs forskjellige forbrytelser i gjeldsforhold; straffeloven §§ 281-286...* ”. Retten kom likevel til en videre forståelse enn for- og etterarbeider ettersom den ikke utelukker andre relevante straffebud ut fra en årsaksbetragtning: ”... *Lagmannsretten legger likevel til grunn at også andre straffbare handlinger etter omstendighetene kan anses å stå "i forbindelse med" konkursen/ virksomheten på en slik måte at de faller inn under § 142 første ledd nr 1. Dette kan være alminnelige forbrytelser etter straffeloven, for eksempel utroskap (straffeloven § 275), eller mer teknisk pregete forhold, som overtredelser av aksjeloven og skattelovgivningen. Dette må vurderes konkret.*”. Dette tolkes som praksis angir en mulighet for å ta hensyn til andre straffbare forhold foruten straffelovens bestemmelser.

Juridisk teori ved Schonhowd derimot er av samme oppfatning som lovgiver og enig i

⁴³ RG 1997 1657

det snevre fokuset.⁴⁴ Han begrunnet det ut fra straffbare forhold etter straffeloven anses strengere enn overtredelse etter de enkelte spesiallover, slik som formalovertredelser av skattebetalingsloven og momsloven. Men dette er i så fall en naturlig slutning når strafferammen benyttes som en målestokk, hvor formalovertredelser stort sett har lavere strafferamme enn forhold ilagt etter straffeloven.

Likevel taler hensynet til effektivitet imot en slik restriktiv forståelse. Ved en eventuell innskrenkning av ”straffbare forhold” bør det sees hen til de ulike bestemmelsene og hvilke interesser som det søkes å verne om vurdert opp mot konkursskarantenens formål. Når en slik tolkning legges til grunn vil straffbare forhold omfatte alle regler som verner om kreditors, boets og selskapets interesse. Selv om både juridisk teori og lovgiver ikke ønsker å utvide begrepet kan forhold som ikke kommer inn under forutsetningen ”straffbare forhold” komme i betraktning ved vurderingen av ”uforsvarlige forretningsførsel”. Regelen er derfor like effektiv med et snevert straffebegrep. Motsatt ville den medført en uthuling av alternativ 2. De straffbare forhold som kan begrunne karantene må altså ha en sterk tilknytning til virksomheten eller begått i forbindelse med konkursen etter en restriktiv forståelse.

Det svenske næringsforbudet lovsformodning kaster ikke lys over hvilke type straffebud

⁴⁴ Schonhowd (2001) s. 36

som rammes av loven. Gjennom ordlyden har næringsforbudet tatt høyde for en høyere terskel ettersom det kreves at næringsutøveren har ”grovt åsidosatt” plikter, men det er naturlig å anlegge en høyere terskel ved straffovertredelser. Lovmotivene har uttalt at det ikke foreligger noen begrensning i forhold til straffovertredelser som kan sees i sammenheng med den uforsvarlige forretningsførselen.⁴⁵ Dette taler for at alle straffovertredelser som har skjedd i næringsvirksomheten vil kunne rammes av loven og følgende får det svenske årsakskravet en videre betydning enn etter norsk konkurskarantene.

Typisk overtredelser av næringsregulerende regler vedrørende plikter i næringsvirksomhet og i spesiallovgivningen er for eksempel arbeidsmiljøloven og markedsføringsloven.⁴⁶

Videre vil de enkelte bestemmelsene i loven kunne fremheve interessene det svenske næringsforbudet verner om. Ved illeggelse etter NL 2 § har lovmotivene prioritert handlinger som krenker kreditorenes interesser ved konkurs, alt fra kreditorunndragelse som ikke hører naturlig til næringsvirksomheten, til drift på kreditorenes regning. Men for at vilkåret allmenne hensyn oppfylles, jfr. NL 1 og 3 §§ må det ved anvendelse av 2 § foreligge overtredelser av gjeldende konkurslovgivning⁴⁷ som også omfattes av

⁴⁵ Ibid s. 156 jfr. Prop. 1979/80:83

⁴⁶ Prop. 1985/86:126 s.156

⁴⁷ Konkurslag 17 kap. 6 §

Brottsbålen 11 kap.. Samtidig som NL 1 § ikke begrenses til annet enn straffbare forhold skjedd i næringsvirksomhet slik at regelen i praksis fungerer som sikkerhetsventil for tilfeller som faller utenom interessene i 1a-2a §§.

Straffovertredelsene etter NL 2 § vil stort sett ivareta de samme interessene som straffovertredelser i konkursskarakanten. Selv om norske straffbare forhold er utvilsomt snevrere med hensyn til hva som anses relevant.

Derimot er de straffbare handlingers art som er aktuelle ved frakjennelse av dansk næringsbrev avvikende i forhold til konkursskaraktene. Fnbl. § 11 stk. 1 henviser til straffovertredelser av spesiallovgivning som ivaretar formålet om å sikre en trygg fødevarenæring for forbrukere og generell drift av næringsvirksomhet: ”... *overtrådt lovgivningen vedrørende skat og afgifter, pant på emballage, fødevarer, arbejdsmiljøforhold eller drift af restaurationsvirksomhed omfattet af lov om restaurationsvirksomhed og alkoholbevilling m.v...*”. Listen er heller ikke uttømmende.⁴⁸ I den danske straffeloven forekommer det ikke eksplisitte straffebestemmelser mot konkurssmisligheter utenom liknende regler som omhandler overtredelser i formuesforhold som kan benyttes i konkurrens, slik som bedrageri,

⁴⁸ Bek. om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder nr. 628 af 25/06 2009, bilag 1 A-D og E er en detaljert uttømmende liste over relevant lovgivning, jfr. § § 10-12.

kreditorunndragelser osv.⁴⁹ Resultatet er at svensk og dansk lovgivning har et videre begrep enn norsk konkursskarantene for hvilke straffbare forhold som kan være relevante ved vurderingen.

Det svenske næringsforbudets begrep verner utvilsomt om et bredt spekter av interesser gjennom ulike straffebud etter både svensk straffelov og spesiallovgivning. I motsetning til konkursskaranten som avgrenser mot overtredelser av markedsføringsloven og konkurranseloven, har næringsforbudet lovfestet spesifikt regel til anvendelse ved slike tilfeller, NL 2a §. Formodningen i NL 1a § understreker at grove overtredelser kan bestå av unnlatelser som manglende betaling av toll- og avgifter til staten. Dansk lovgivning har valgt samme form som det svenske næringsforbudet ettersom den omfatter både overtredelser i næringslovgivning og fødevarelovgivning. Men dette er en sannsynlig følge av lovenes virkeområde. Det bemerkes at hovedforskjellen mellom norsk og svensk lovgivning er enda tydeligere på dette planet fordi uforsvarlig forretningsførsel etter norsk lovgivning er et vilkår i seg selv og er tilknyttet til evnen å stifte selskap og til å påta seg verv i ansvarsbegrensede selskaper. Mens etter svensk lovgivning er den uforsvarlige forretningsførselen først synliggjort gjennom straffovertredelser av næringslovgivningen, se NL 1 § eller ved anvendelse av NL 2 §

⁴⁹ Bek. om Straffeloven kap. 28 [dansk] §§ 279, 283, og 302.

vil overtredelser omfattes av Brottsbålen kap. 11. Det svenske næringsforbudet har med andre ord ikke en selvstendig vurdering av ”uforsvarlig forretningsførsel”. Samme synspunkt legges til grunn for dansk fødenæringsbrevlovgivning, hvor retten og plikten til næringsbrev er både en kvalifikasjonsregel og skikkethetsregel ettersom vedkommende verken kvalifiseres til å utøve næringsvirksomhet iht. til fødeværenæringsloven eller anses skikket om han ikke har påkrevd næringsbrev. Derfor konkluderes det at verken i svensk eller dansk rett finnes en ”ren” variant av vurderingen uforsvarlig forretningsførsel.

Hvis forslaget⁵⁰ om sammenslåingen av kkl. § 142 kommer gjennom og uforsvarlig forretningsførsel konsumerer ”straffbare forhold” etter kkl. § 142 (1) nr.1, kan resultatet gi et videre innhold og en bredere vurdering enn det nåværende svenske næringsforbudet.

Innen svensk rett stilles det et krav til straffovertredelsens ”inte ringa” betydning. NL 3 §, stk. 2 angir en presumpsjon for vilkårets oppfyllelse når forholdets minste strafferamme er 6 måneders fengsel. ”Ringa” betyr også at forholdet ikke kan sees som av liten betydning. På den andre siden kan ”ringa” også relatere seg til faktiske forhold.

⁵⁰ Justisdepartementets høringsnotat (2004) punkt 5.2

Etter tolkningen å dømme kan ”ringa” være en kvalifikasjonsnorm hvor vurderingen fastlegger handlingens grovhet og det tas i betraktning størrelsen på det påførte tapet, hensett virksomhetens økonomi. Like fullt kan ”ringa” legge vekt på betalingsunnlåtelsens karakter av forbigående art eller uoverkommelig. Vurderingen kan derfor falle ut annerledes i de enkelte tilfeller slik at det ikke er mulig med presedensvirkninger.

Det svenske vilkåret ”ringa” kan sammenlignes med det danske vilkåret ”*øvrigt skærpende omstændigheder væsentligt*”. Vilkaåret kan tolkes som at overtredelsens art må være så vesentlig at det tillegges som et moment i skjerpende retning og få betydning for utmålingen. Omfanget av gjentatte overtredelser taler utvilsomt i disfavør av næringsbrevinnehaveren, spesielt når han har valgt å overse spesiallovgivningens plikter pålagt ham som næringsbrevinnehaver av fødevarevirksomhet. Med hensyn til ”væsentligt” har tilhørende bekentgørelse vist til en straffeutmåling fra forelegg på bøter på 3000 DKR til ubetinget fengsel for overtredelser etter fødevarenæringsloven.⁵¹ Ellers fremstår det uklart hvordan retten foretar vurderingen.

I motsetning til norsk konkursskarantene og det svenske næringsforbudet stiller dansk fødevarenæringsbrev et krav til flertallige overtredelser jfr. ”*gjentatte*”.

⁵¹ Bek. om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder

Engangsovertredere er derfor ikke målgruppen. Av juridisk teori kreves 2 registrerte tilfeller av overtredelser i det interne registeret etter fnbl. § 7 og en 3. overtredelse må være konstatert, av for eksempel ligningsmyndigheten.⁵² Vilåret om straffovertredelsenes omfang kan sidestilles med konkurskarantenens rimelighetsvurdering for hvorvidt det bør ilegges karantene. Men det er tydelig at vilkårets betydning innen dansk og svensk lovgivning heller er en del av ”straffutmålingen” for rettsfølgene.

.

Med konkurskarantenens ”virksomhet som har ført til insolvensen” kan det tolkes som om det er et annet selskap som har forårsaket konkursen. Dette underbygges av en avgjørelse der retten uttalte ved vurderingen av skyldnerens virksomhet er en ikke begrenset til den juridiske enhet som er konkurs. Der ble det lagt til grunn at ved sammenfiltrede virksomheter kan det tas hensyn til forhold som ikke direkte angikk det selskapet hvor det ble åpnet konkurs.⁵³ Samtidig som en annen tolkning kan være at ”virksomhet” betyr systematiske handlinger eller unnlattelse som har skjedd over lang tid. Det forekommer lite av rettspraksis i avklaringen av *”virksomhet som har medført*

⁵² Karnov (2009) L 2004-06-09 nr 486 Næringsbrev til fødevarebutikker § 11, note 53

⁵³ Rt 1993 100.

til insolvensen”⁵⁴ til å kunne understøtte en slik tolkning.

Subsidiært har det vært reist kritikk mot konkurskarantenen fordi en strafferettslig vurdering begrunner en sivilrettslig reaksjon.⁵⁵ Men Justisdepartementet har ingen intensjon om å oppheve denne delen ettersom flest illeggelser skjer etter ”skjellig grunn til mistanke”-regelen i kkl. § 142 nr. 1 og fordi det kunne medføre at instituttet fikk mindre betydning. Uten at departementet utelukket motsatt effekt.⁵⁶ En opphevelse av alternativ 1 vil kunne en gang for alle slå strek over enhver tvil om hvorvidt reaksjonen er straff eller ei.

Alternativt fremmet departementet en sammenslåing av reglene, tilsvarende CDDA, hvor kkl. § 142 nr. 1 konsumeres av § 142 nr.2 slik at reaksjonen utvilsomt fremstår som sivilrettslig. En slik gjennomføring kan resultere i at den preventive effekten forsvinner, ettersom reaksjonen ”bare” er sivilrettslig. Med mindre departementet justerer reaksjonens varighet ved endringen ville en strafferettslig tilnærming som det svenske næringsforbudet være en bedre løsning.

⁵⁴ Selv om ”*virksomhet*” kan også bety aktivitet.

⁵⁵ Justisdepartementets høringsnotat 2004 punkt 5.2

⁵⁶ Ibid

5.1.1 Bevisvurderingen av straffbare forhold

Det stilles spørsmål om kravet til skjellig grunn til mistanke følger en frirettslig rettslig standard eller straffeprosessuell standard. Av forarbeidene henvises det til kun til fortolkningen av "straffbare handlinger" hvor mistanke om formell overtredelse er ikke nok og det kreves at alle objektive vilkår i gjerningsinnholdet er oppfylt og straffbarhetsvilkårene med hensyn til skyld foreligger.⁵⁷ Likevel er en ikke kommet nærmere hva som ligger i beviskravet "*skjellig grunn til mistanke*". Rettspraksis uttalte beviskravet sees i sammenheng med etterforskning av straffbare forhold.⁵⁸ Men retten viste også til likheten ved beslutninger om det skal brukes tvangsmidler eller ei, etter straffeprosessloven. Ved begge tiltak er det uansett et presserende behov om å hindre kontinuitet i straffbare forhold, uten at saken er ferdig etterforsket.⁵⁹ Dette utsagnet taler for at det legges til grunn en strafferettslig bevisvurdering.

En bevisvurdering etter straffeprosessuell standard medfører et objektivt sannsynlighetskrav der retten tar stilling til hvorvidt det foreligger "*en viss sannsynlighet for at vedkommende har begått handlingen*".⁶⁰ Hvor sterk sannsynlighet

⁵⁷ Ot. prp. nr. 50 (1980-1981) s. 126

⁵⁸ Rt 2003 1221 avsnitt 42 og 43

⁵⁹ Rt 1996 591 henvisning til bevisvurderingen er tilsvarende som ved tvangsmidler jfr. straffeprosessloven §§ 200a, 202a, 202c, 208a, 210b, 210c og 216e. Vurderingen innebærer ikke en fellende bevisvurdering med hensyn til skyldsspørsmålet.

⁶⁰ Hov III (2007) s. 46

kreves for å kunne anse som tilstrekkelig, er fortsatt ikke klarlagt. På den andre siden har tingretten ikke mulighet til å sette seg dyptgående inn i de straffbare forhold. Retten baserer seg på innberetningen som i utgangspunktet er en oversikt over mulige straffbare overtredelser slik at det ikke kan forventes et kvalifisert sannsynlighetskrav. Men retten skal ikke ta stilling til skyldspørsmålet heller som ved straffesaker. Dette taler imot å legge en strafferettslig bevisvurdering til grunn. Likevel er faktum at ved konkursmisligheter har straffbare forhold i de fleste tilfeller manifestet seg. Med andre ord er det tilnærmet 100 % sannsynlighet for at lovgivningen har blitt overtrådt og derfor er det ikke påkrevd med den store bevisvurderingen, selv i sivilprosessen. Samtidig taler inngrepets art for en bevisvurdering etter straffeprosessuell standard, ut fra et forsvarlighetsprinsipp. Til gjengjeld taler prosessøkonomiske hensyn imot en grundig vurdering etter straffeprosessen, siden konkurskarantene etter intern rett er en sivilrettslig reaksjon. Etter en helhetsvurdering tilsier det at det ikke stilles et høyt sannsynlighetskrav utover ren sannsynlighetsovervekt. Hvor bevisstyrken avveies i forhold til den enkelte sak.

Gjeldende rettstilstand behandler konkurskarantenespørsmålet summarisk slik at det er mer sannsynlig at retten foretar en bevisvurdering etter en mer skjønnsom og frirettslig standard. Dette kan stride mot grunnleggende rettssikkerhetshensyn som retten til forsvarlig saksbehandling, se kapittel 8.

I motsetning til konkurskarantenen har det svenske næringsforbudet et klart krav til bevisvurderingen av straffovertredelser. Den presumerer nemlig at næringsutøveren ved å ha ”... grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet och därvid gjort sig skyldig till brottslighet som inte är ringa”, så har han foretatt en straffbar handling. Imidlertid kan ”... därvid gjort sig skyldig till brottslighet...” et beviskrav til at næringsutøveren er konstatert skyldig i straffeovertredelse gjennom sin opptreden. En forutsetning synes å være at det må foreligge dom på det straffbare forholdet. Men lovmotivene har uttalt at det ikke stilles et slikt vilkår om rettskraftig dom på straffesaken forut illeggelse. Såfremt næringsforbudet ikke får rettsvirkninger før førstnevnte avgjørelse er rettskraftig.⁶¹ Unntak foreligger for midlertidig næringsforbud, se punkt 6.8.

Den danske næringsbrevlovgivningen har i likhet med det svenske næringsforbudet en lovformodning, fnbl. § 11, stk. 1: ” Retten til at udøve virksomhed i henhold til § 1, stk. 1, kan frakendes en person eller et selskab m.v. (juridiske personer) ved dom for strafbart forhold, hvis den tiltalte gentagne gange eller under i øvrigt skærpende omstændigheder væsentligt har overtrådt lovgivningen vedrørende...”. Tolkningen av

⁶¹ Prop. 1985/86:126 s. 149

ordlyden fører til en slutning om kvalifisert sannsynlighetsovervekt og basert på en skyldkonstatering slik som det svenske næringsforbudet.

5.2 Kvalifikasjoner som forsvarlig forretningsførsel?

Problemstillingen her er hva som ligger i lovens alternative vilkår for illeggelse av konkursskarantene ”uforsvarlig forretningsførsel” og motstykkene i dansk og svensk skikkethetsvurdering. Lovgiver har lagt vekt på hvilke type uforsvarlige forhold foreligger, graden av den utviste uforsvarlighet, og deretter en konkret vurdering om disse forholdene tilsier at konkursdebitor er uskikket til å stifte eller inneha verv.⁶²

Nevnte forarbeider legger videre vekten på hensynet til forsvarlig planlegging og hvorvidt konkursdebitor har tatt del i ”risikopregede forretninger som står i misforhold til selskapets økonomiske ressurser”. Utsagnet tyder på at ikke all ”*uforsvarlig forretningsførsel*” omfattes, men kun de handlinger som har ført til tap og dermed til konkurs. På den andre siden taler en avgjørelse for at det likevel ikke stilles krav til realisert tap fordi forretningsførselen fortsatt kan betegnes som uforsvarlig.⁶³ I en tidligere forarbeider uttalte lovgiver nærmere om konkursens årsak som kan utgjøre bedriftsinterne forhold som forhold ved ledelsen, feil markedsføring og strukturelle

⁶² Ot. prp. nr. 39 (1982-83) s. 8-9

⁶³ Rt 1991 932

forhold som innebærer at selskapet ikke kan holde tritt med omorganisering eller endrede teknikker/krav samt konjunktursvingninger.⁶⁴ Årsakene avgrenses derfor mot de tilfeller som er utenfor kontroll. Disse momentene er retningsgivende i forhold til hva som er ”uforsvarlig forretningsførsel”.

Det kan spørres om det svenske næringsforbudet gjennom ”grovt otillbørlig” og ”grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet” likevel legger til rette for en uskikkethetsvurdering. Lovmotivene uttalte i forbindelse med NL 2 § ”grovt otillbørlig” skal man se hen til transaksjonene⁶⁵ debitor har foretatt i forhold til virksomhetens drift og hvorvidt dette har betydning for kreditorenes adgang til å få sine midler innfordret.⁶⁶ Ved vurderingen om hvorvidt allmenne hensyn taler for at næringsforbud ilegges oppsummeres noen relevante momenter spesielt med hensyn til grovheten, NL 3 §: ”... om åsidosättandet varit systematiskt eller syftat till betydande vinning, om det medfört eller varit ägnat att medföra betydande skada eller om näringsidkaren tidigare dömts för brott i näringsverksamhet...”. Graden av utilbørligheten vurderes derfor ut fra debtors intensjoner, om det er i eget vinnings

⁶⁴ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s.22 punkt 3.4

⁶⁵ Om de er naturlige som del av den daglige drift, eller omstøtelig transaksjon for å unndra midler enten i form av gaver, store lønnsutbetalinger til seg selv og nærstående eller fiktive fakturaer eller lignende.

⁶⁶ Prop. 1979/80:83

hensikt eller et forsøk for gjenoppliving av selskapet og om risikoen var forholdsmessig i forhold til den eventuelle nytten. Men også ut fra straffovertredelsens strafferamme og alvor, se NL 1§ ”ringa” og forutsetningsvis NL 3 §, 2 stk. Næringsforbudet har gjennom ”grovt åsidosatt” plikter satt en høy terskel for hvilke forhold som rammes, men dette må sees i lys av reaksjonens sammenheng med straffovertredelser slik at det er en naturlig følge. Momentene taler for at det ligger skikkethetsvurdering til grunn.

Den danske lovgivningen har ikke en selvstendig vurdering med hensyn til uforsvarlig forretningsførsel. Rettens vurdering blir hvorvidt overtredelsenes omfang og art likevel kan tale for frakjennelse av næringsbrev fordi overtredelsene begrunner en uskikkethet til å inneha næringsbrev og utøve fødevarenæringsvirksomhet. Men skikkethetsvurderingen utvides til også å gjelde for adgangen til å være stifter, inneha verv i ledelsen av ansvarsbegrensede selskaper, selskaper, foreninger osv., som driver med fødevarenæring.⁶⁷ Dansk rett synes å velge en helhetsvurdering som vektlegger både overtredelsenes omfang og art, men den inkorporerer også en vurdering av uforsvarlig forretningsførsel.

Deretter blir spørsmålet om konkursskarantene stiller særskilte krav eller kvalifikasjoner

⁶⁷ Fnbl. § 11 stk 2.

for korrekt forretningsførsel til utøver i de enkelte spesiallover. Lovgiver har i lovforarbeidene avgrenset vurderingen mot spesiallovgivningens krav til utøver ettersom det henvises til blant annet aksjeselskapsloven og selskapsloven.⁶⁸ Det virker som om lovgiver forutsetter tolkning av uskikkethetskravet skal suppleres av de enkelte spesiallover. Sett i lys av aksjelovgivningen og selskapsloven vil skikkethetsvurderingen ligge tett opp til forretningsførselen. Det kan spørres reglene får analogisk anvendelse⁶⁹ slik som kravet til forsvarlig egenkapital der ledelsen til enhver tid plikter å sørge for at egenkapitalen er forsvarlig i forhold til transaksjonenes risiko og ut fra selskapstype og størrelse.⁷⁰ Om ledelsen ikke klarer å endre egenkapital under forsvarlig nivå til høyere, foreligger det plikt for ledelsen å oppløse selskapet. Videre plikter styremedlemmene å sørge for en *forsvarlig* organisering av selskapet og holde kontroll over selskapets økonomiske stilling i form av regnskaps- og formuesforvaltning.⁷¹ Aksjelovgivningen har også spesifisert daglig leders plikter som

⁶⁸ Ibid s.53

⁶⁹ Aksjelovgivningen stiller materielle vilkår om forsvarlighet og aktsomhet ved næringsvirksomhet som fremgår av aksjeselskapsloven⁶⁹ (heretter asl.) slik som § 3-4 krav til forsvarlig egenkapital.

”Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.”. Av regelens virkeområde er det utvilsomt klart at den primært gjelder for aksjeselskaper med mindre det foreligger reelle hensyn som taler for en overføringsverdi, og gode grunner taler for at det gjør det.

⁷⁰ Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5

⁷¹ Ibid §§ 6-12 jfr. 6-13

igjen kan være veiledende for hva som ligger inn under ”forsvarlig forretningsførsel”.⁷² Om vedkommende har gått utover styrets retningslinjer og pålegg, behandlet saker som faller utenfor daglig ledelse enten av lovens beskrivelse ”uvanlig art” eller av ”stor betydning”, vil det kunne karakteriseres som uforsvarlig forretningsførsel etter kkl. § 142 (1) nr.2. Selskapslovgivningen har lignende forutsetninger med hensyn til deltakernes plikter overfor selskapet.⁷³ Spesielt nevnes kravet til at deltakerne skal holde sin privatøkonomi og selskapets midler adskilt⁷⁴, manglende overholdelse kan lett betegnes som ”uforsvarlig forretningsførsel”. Samme oppfatning gjelder for langvarig forsømmelse av selskapsrettslige plikter som manglende regnskaps- og bokføringsplikt⁷⁵. Spesielt om ledelsen er fullstendig klar over forholdet og ikke foretar noe, vil forholdet lett karakteriseres som uforsvarlig forretningsførsel. Konsekvensen kan bli at virksomheten drives på kreditorenes regning inntil det tvangsoppløses med påfølgende konkurs og innstilling om konkursskarantene mot ledelsen.

Utover spesiallovgivning foreligger det også bred praksis for hva som er forsvarlig forretningsførsel i forhold til den enkelte bransje, for eksempel eiendomsmegler med sin gode meglerskikk eller advokatbransjens advokatetikk slik at disse med fordel kan

⁷² Ibid § 6-14

⁷³ Selskapsloven §§ 2-6, 2-4 og 2-20

⁷⁴ Ibid § 2-7

⁷⁵ Regnskapsloven 1-2 jfr. Bokføringsloven § 2

benyttes ved fastleggelsen av hva som er "uforsvarlig forretningsførsel".

Der retten finner at det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt for at straffbare forhold forelå kan retten likevel trekke fenomenene inn under "uforsvarlig forretningsførsel". Uforsvarlig forretningsførsel kan derfor betegnes som sekkepost eller sikkerhetsventil ved at den benyttes som en sekundær regel for ileggelse.

I motsetning til konkursskarantene begrunner svensk rett næringsforbudet på straffedommen som har sanksjonert forretningsførselen slik at næringsutøveren presumeres uskikket til å utøve næringsvirksomhet eller inneha verv. Den svenske skikkethetsvurderingen er derfor ikke en selvstendig vurdering av hva slags forhold som bedømmes som uforsvarlig. Det avgjørende for næringsutøveren er heller om allmenne hensyn foreligger før ileggelse kan skje. Samtidig som ved vurderingen av "allmän synpunkt" kan mange av momentene gjenfinnes i den norske vurderingen av uforsvarlig forretningsførsel.

I likhet med det svenske næringsforbudet viser dansk lov om fødevarenæringsbrev § 11 at overtredelsene av spesiallovgivning om generell næringsdrift og fødevarenæring betraktes som uskikket til å utøve næringsvirksomhet etter fødevarenæringsloven. Vurderingen av hvilke overtredelser begrunner uskikket etter både dansk og svensk rett er overlappende grunnet den tette koblingen til straffovertredelsen.

Konklusjonen er konkursskarantenens uforsvarlig forretningsførsel er en selvstendig skikkethetsvurdering supplert av både alminnelige rettsbetraktninger og til en viss grad spesiallovgivning, hvorav svensk og dansk rett langt på vei presumerer uskikket gjennom konstaterte overtredelser.

5.3 Årsakssammenheng og tilknytning

Prinsipalt blir spørsmålet hvorvidt det stilles krav til årsakssammenheng ved ileggelse

av norsk konkurskarantene, svensk næringsforbud og dansk frakjennelse av fødevarenæringsbrev. Med årsakssammenheng menes kausalitet mellom skaden og den skadevoldende handling eller virksomheten, men også grensen for de erstatningsmessige skadene.⁷⁶ I overført forstand betyr det at konkursdebitors handlinger oppfyller kravet til kausalitet når det begås i forbindelse med konkursen eller forårsaket insolvensen. Debitors handlinger ville ikke medført et spørsmål om ansvarstillelse i form av konkurskarantene om han ikke hadde forårsaket handlingen eller unnlatelsen.

Konkurskarantenens art taler for at det foreligger et behov for forutberegnelighet ved den rettslige vurderingen av konkursdebitors evne til å stifte, inneha ledelsesposisjoner eller styre et selskap. Ut fra kkl. § 142 er det usikkert hvorvidt det kan oppstilles et slikt krav til årsakssammenheng. Foruten ordlyden i kkl. § 142 nevnes årsakskravet så vidt i forarbeidene⁷⁷ og et par konkrete dommer vedrørende temaet uten at det bastant kan konstanteres at slikt krav foreligger. Samtidig krever ordlyden i § 142 (1) nr.1 en bevisvurdering for at straffbare handlinger har skjedd ”i forbindelse” med konkursen før en eventuell illeggelse kan skje. Uforsvarlighetsalternativet etter kkl. § 142 (1) nr. 2 angir ikke en tydelig sammenheng mellom konkursen og den uforsvarlige forretningsførselen. Vurderingen fokuserer nemlig på konkursdebitors forretningssevne,

⁷⁶ Lødrup (2005) s. 251

⁷⁷ Innst. O. nr. 56 (1983-84) s. 17

hvorvidt han er ”uskikket til å stifte et nytt selskap” eller ”å være styremedlem eller daglig leder”. Hvis dette leddet leses som helhet med resten av lovteksten taler det for en kobling til konkurs ettersom lovens formål er felles. Følgende betyr det at konkursdebitors ”uforsvarlighet” må ha vært en katalysator til følgen konkurs om det skal gi mening. Reelle hensyn taler også for samme innfortolkning av ordlyden i § 142 (1) nr.2 slik at det stilles krav til årsakssammenheng mellom konkursen og uforsvarlig forretningsførsel begått i forbindelse med konkursen. Rettspraksis synes å dele denne oppfatningen.⁷⁸ I den eldre avgjørelsen uttalte retten eksplisitt at det forelå nødvendig årsakssammenheng mellom overtredelsen av straffebudet og konkursen. I saken forelå det skjellig grunn til mistanke om overtredelse av den tidligere straffeloven § 283a nr. 2 (nå § 284) som innebar en plikt for debitor å begjære gjeldsforhandling eller oppbud, og retten kom til at det forelå nødvendig årsakssammenheng mellom denne overtredelsen og konkursen og konkursdebitors virksomhet i den senere tid før konkursåpningen. Om konkursdebitor hadde opptrådt i tråd med gjeldende lov ville konkurs kunne vært unngått hevdet retten. Sannsynligvis siktet retten til gjeldsforhandlingen. Retten la også til grunn om konkursdebitor begjærte oppbud tidligere ville det begrenset kreditorenes økonomiske tap. Den nyeste avgjørelsen derimot uttalte bare at det var et krav om årsakssammenheng, men dette kravet var ikke oppfylt i saken. Muligens har praksis ansett kravet som en selvsagt del av rettens juridiske resonnement at det derfor har

⁷⁸ LF-1993-378 jfr. LF-2008-139972

livets rett, uansett om det ikke omtales eksplisitt. Hensynet til forutberegnelighet taler for at det foreligger gode og vektige grunner for at et slikt krav foreligger ved illeggelse av konkursskarantene.

Det spørres om det ved illeggelse av det svenske næringsforbudet foreligger et årsakskrav. Av lovens bestemmelser for illeggelse NL 1-2a§§ er ”*grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet*” et felles kriterium, uten å trekke forhastede konklusjoner taler ordlyden for at det eksisterer et årsakskrav. Lovmotivene har også uttalt at årsakskravet omfatter næringsregulerende regler generelt, både etter straffelovgivningen og spesiallovgivningen, og på den måten underbygget og understreket lovgiver årsakskravet eksistens og rekkevidde.⁷⁹ Lovens formål er derfor retningsgivende for hva som skal omfattes. Videre kan NL 3 § sees som en lovfestet årsaksvurdering, siden vurderingen for hvorvidt ”allmän synpunkt” foreligger i realiteten fastlegger straffovertredelsens betydning og omstendighetene for øvrig.

I likhet med det svenske næringsforbudet har dansk frakjennelse av fødevarenæringsbrev lovfestet årsakskravet gjennom et kriterium om at det må foreligge straffbart forhold i form av overtredelser før frakjennelse kan skje, jfr. ”*Retten*”

⁷⁹ Prop. 1985/86:126 s.156

til at udøve virksomhed...kan frakendes...ved dom for straffbart forhold... ”. Dette suppleres av ”three strike”-prinsippet. Myndighetene begjærer nemlig frakjennelse basert på forhold registrert i det interne registeret, se fnbl. § 7 og tilhørende forskrift § 19. Regelen tolkes som at det foreligger et klart årsakskrav fordi overtredelsene begrunner en eventuell frakjennelse. På dette punktet er derfor svensk og dansk lovgivning avvikende i forhold til konkurskarantene ettersom årsakskravet fremgår eksplisitt av loven.

Subsidiært blir spørsmålet hvor langt årsakskravet skal strekkes etter konkurskarantenes alternativer for ileggelse. En uttalelse i Innst. O. nr. 56 s. 17 omtaler årsakssammenhengens rekkevidde: *”Konkurskarantenen skal bare være en reaksjon mot straffbare (eller uforsvarlige) handlinger som fører til insolvens og konkurs, eller som har direkte tilknytning til konkursen, ikke mot straffbare handlinger i sin alminnelighet i forbindelse med selskapets virksomhet, for eksempel straffbar overtredelse av reglene i markedsføringsloven eller arbeidsmiljøloven.”*. Ved ordene ”fører til” og ”direkte tilknytning” settes det en klar linje mot andre uforsvarlige eller straffbare handlinger som ikke har resultert i konkursbehandling. Forståelsen er i tråd med erstatningsrettens betingelseslære⁸⁰: Om straffbare handlinger eller uforsvarlige

⁸⁰ Lødrup (2005) s. 254

handlinger, også unnlatelser, tenkes bort ville konkurs ikke vært følgen. Vurderingen begrunnes ut fra rimelighetsbetraktninger og den alminnelige rettsfølelsen på den ene siden, mens den andre siden er av hensyn til konkursdebitors rettssikkerhet.

Etter kkl. § 142 (1) nr.1 er relevante overtredelser i utgangspunktet begrenset til straffeloven kap. 27. Tilknytningsvurderingen vil derfor ikke være like komplisert som etter kkl. § 142 (1) nr. 2 og overlapper i stor grad vurderingen om det foreligger årsakssammenheng. Ileggelse etter alternativ 1 er derfor mer presist i formen enn etter alternativ 2 som tillater en videre skjønnsvurdering slik at handlingene og forholdenes nærhet til konkursen vil være mest essensielt etter alternativ 2 for hva konkursdebitor bør stilles til ansvar for. Men det betyr ikke at straffbare handlinger alltid er klare og åpenbare.

Tilknytningskravet er retningsgivende i forhold til hva som er ”uforsvarlig forretningsførsel”, særlig med hensyn til hvorvidt konkursdebitor har hatt påvirkningskraft til å foreta en annen handling eller hatt et handlingsalternativ, derav avgrensningen mot handlinger ”utenfor kontroll”.⁸¹ I konkursskarantenens kontekst vil dette være av betydning i forhold til handlinger eller tiltak konkursdebitor har foretatt og følgene av det. Hvis følgene normalt kan forventes vil graden av ansvar være

⁸¹ Lødrup (2005) s. 281 flg.

gjennomgående.⁸² Utgangspunktet er derfor lik erstatningsretten hvor skadevolder ikke stilles til ansvar når årsaken ligger utenfor hans kontroll⁸³. Begrunnelsen for tilknytningsvilkåret er både i erstatningsretten og ved konkurskarantene foreligger det et behov for å begrense skadevolders eller konkursdebitors ansvar, han bør verners mot en utvidelse av ansvarsforholdet. Erstatningsretten opererer derfor med et slingringsmonn for hva skadevolder bør naturlig ha risikoen mot hva skadelidte normalt må tåle, men for konkurskarantene gjelder derfor ikke utgangspunktet lenger enn som så. De uforsvarlige handlingene vil fortsatt komme i betraktning ved skikkethetsvurderingen. Vedkommendes opptreden avtegner nemlig evnen til å inneha ledelsesposisjoner og utførelse av selskapsdrift, selv om opptreden likevel ikke hadde vært nødvendige i forhold til konkursen. Betraktningen sammenfaller med en avgjørelse hvor det ble uttalt at dette måtte foreligge årsakssammenheng mellom den uforsvarlige forretningsførselen og den antatte uskikketheten til å inneha verv i nye selskaper.⁸⁴ Uforsvarlig forretningsførsel må derfor ha ført til tap og konkurs, selv om det ikke stilles krav til realisert tap ettersom det er opptreden en ønsker å slå ned på.⁸⁵

⁸² Jfr. Rt 2004 675

⁸³ Konkursdebitors påvirkning i form av handlinger eller unnlatelse hadde ikke kunnet endret hendelsesforløpet jfr. Rt 1983 205

⁸⁴ LE-2001-506 jfr. LE-1991-1972

⁸⁵ Rt 1991 932

Hensett til Storbritannias Company Directors Disqualification Act⁸⁶ del 6 punkt 2 som også omhandler illeggelse av karantene etter en skikkethetsvurdering, omfattes alle handlinger i sammenheng med eller i kjølvannet av selskapets konkurs⁸⁷(min uth.):”... *and references to a person's conduct as a director of any company or companies include, where that company or any of those companies has become insolvent, that person's conduct in relation to any matter connected with or arising out of the insolvency of that company.*” Det er utvilsomt at verken norsk rettspraksis eller juridisk teori stiller et like vidtgående tilknytningskrav i kkl. § 142 (1) nr. 2 slik som CDDA. Praktiske grunner for begrensningen ligger nok til grunn ettersom det ville vært lite prosessøkonomisk om enhver handling vil kunne oppfylle kravet til tilknytning.

Det svenske næringsforbudet derimot har også fastlagt rekkevidden av årsakskravet gjennom lovens anvendelsesområde. Overtredelsen må ha skjedd ”i næringsverksamhet” og det kan tolkes som et tilknytningskrav, mens betingelsen ”utøvd av næringsutøveren” tolkes som et absolutt kriterium til næringsutøvers delaktighet i virksomheten da straffebudet ble overtrådt, sml. NL 4 § siste ledd. Tilknytningsvilkåret

⁸⁶ CDDA

⁸⁷ Insolvensbegrepet deres er ganske omfattende og innebærer i praksis konkurs, se del 6 punkt 2.

resulterer i typetilfeller som underslag i medfør av stilling, tyveri i sammenheng med stillingen og straffbare forhold skjedd i relasjon til oppdrags- og ansettelsesforholdet, kommer i betraktning ved årsaksvurderingen. Videre betyr det at alle straffovertredelser skjedd i det aktuelle tidsrommet vil kunne tilregnes næringsutøveren. Overtredelser som har skjedd etter næringsutøvers uttreden vil dermed ikke være aktuelle, med unntak av NL 4 § siste ledd ved konkurs. Kriteriet kan også tolkes som en avgrensning mot overtredelser som næringsutøveren gjør som privatperson. Retten får dermed et bredt vurderingstema, i tillegg til formodningene etter de enkelte paragrafer.

Ileggelse etter NL 2 § uttales av lovmotivene som en formell innskrenkning av tilknytningsvilkåret ”i næringsverksamhet” fordi bare uregelmessigheter i form av konkursdebitors uforsvarlige forretningsførsel oppstått i selskapet som har gått konkurs tas i betraktning ⁸⁸: *”Vid bedömningen av om konkursgäldenären har handlat grovt otillbörligt mot sina borgenärer eller på annat sätt grovt åsidosatt sina åligganden i näringsverksamhet får, liksom idag, hänsyn endast tas till sådana oegentligheter som förekommit i den näringsverksamhet som har avslutats med konkurs(jfr prop. 1979/80:83 s. 55).”*.

Imidlertid utelukker ikke begjæring eller tiltale etter en regel en annen interesse:”... *Detta innebär att ett färre antal oegentligheter kan komma att få beaktas om*

⁸⁸ NJA 2003 s 586

konkursrekvisitet i ett visst fall åberopas i stället för något av rekvisiten brott eller betalningsunderlåtelse som inte är ringa. Åklagaren kan därför ibland ha anledning att i första hand grunda en talan på något av dessa senare rekvisit men åberopa konkursrekvisitet alternativt om han tvekar om i vad mån det första rekvisitet är uppfyllt.”.

Det svenske tilknytningsvilkåret angir derfor et bredere vurderingstema enn etter norsk rett og forskjellen begrunnes i lovenes forskjellige virkeområde.

Dansk årsakskravs rekkevidde er i likhet med svensk rett også et spørsmål om hvilke type overtredelser som kan resulterer i frakjennelse. Loven angir ikke eksplisitte krav til at overtredelsene må gjelde den enkelte enhet. Men ut fra lovens §§ 3 og 11 taler en naturlig tolkning for et tilknytningskrav mellom overtrederen og at overtredelsene må ha skjedd i virksomheten vedkommendes næringsbrev er knyttet opp mot: ”... skal have næringsbrev til hvert forretningssted...Består forretningsstedet af flere forretningsenheder, kan der erhverves næringsbrev til hver forretningsenhed...” og ”...Frakendelse kan begrænses til at vedrøre et enkelt forretningssted eller en enkel forretningsenhed...”. Lov om fødevarenæringsbrev stiller likevel ikke et krav til at vedkommende selv må ha utført overtredelsene, og synspunktet trekker i retning av et kontrollperspektiv. Næringsbrevinnehaveren er ansvarlig for alle overtredelser i hans virksomhet fordi han plikter å holde kontroll på at virksomheten oppfyller vilkårene for fødevarenæringsvirksomhet og sine plikter som næringsutøver. Følgende perspektiv kan like fullt ”frifinne” næringsbrevinnehaveren hvis overtredelsene var utenfor hans kontroll og han hadde begrensede muligheter for å avskjære forholdet. Fortsatt er dansk rett mer lik det svenske næringsforbudet enn norsk konkursskarantene grunnet det brede vurderingstemaet for årsakskravet.

En stor ulikhet fra både svensk og dansk rett er at konkursskarantenens rimelighetsvurdering kan utvide årsakskravet. Retten kan ta i betraktning den etterfølgende opptreden til konkursdebitor slik at den taler i hans disfavør og for illeggelse av karantene. Faktum er at når skjønnet kan slå ut begge veier kan det komme

til sin rett som ”sikkerhetsventil” for konkursdebitor og tale for vedkommendes fordel. Det kan sånn sett avbøte den utvidede funksjonen slik som risikovurderingen gjør i erstatningsretten. Var investeringen forsvarlig og konkursdebitor bare uheldig? I likhet med den erstatningsrettslige vurderingen kan retten også trekke rammene for hva som er for tilfeldig og upåregnelig til at tilknytningsvilkåret anses oppfylt. Retten foretar derfor en objektiv vurdering av handlingen, men det er uvisst hvordan dette skjer. I erstatningsretten vil handlingen avveies i forhold til hva en normal person kan forvente av konsekvenser som følge av handlingen, men det avveies også i forhold til hvorvidt handlingen av erfaring kan opptre – uansett hvor sjelden den måtte være. Vurderingen kan derfor være en risikovurdering av handlingen eller driften avveid mot generell tapsrisiko samt kreditors adgang til å sikre seg mot tap.⁸⁹

Endelig blir spørsmålet hvilken rettslig standard konkurskarantenens årsakskrav skal vurderes etter. Erstatningsrettens betingelseslære⁹⁰ virker å passe for konkurskarantene. Til gjengjeld har illeggelsen etter kkl. § 142(1) nr.1 en del likhetstrekk til strafferettens legalitetsprinsipp⁹¹. Handlingen som overtredelse må oppfylle straffebudets objektive gjerningsvilkår for at det skal kunne reises tiltale og illegge straff – særlig i tilknytning

⁸⁹ Sml. Rt 1983 1052

⁹⁰ Lødrup (2005) s. 255 ”... enhver nødvendig betingelse for et resultat (skade), er årsak til det (den).”

⁹¹ Hov II (2007) s.30 flg.

til ansvarsgrunnlaget. Uansett er det snakk om tilstedeværelsen av en nødvendig betingelse for at en følge skal kunne inntre. Ved vurderingen av de straffbare eller uforsvarlige handlingenes kausalitet med konkursen, vil retten først og fremst betrakte straffbare handlinger som kan ha resultert i konkursen. Retten legger med andre ord kun vekt på relevante handlinger i hendelsesforløpet, i motsetning til erstatningsretten som kan ha et ganske vidt begrep for hva som anses som "relevant", jfr. læren om påregnelighet. På den ene siden skjer fastleggelse av konkursskarantenens årsakskrav hovedsakelig etter erstatningsrettens lære, men begrensningene i årsakskravet medfører en tilnærming til strafferettens slik at det i praksis foreligger en modifikasjon. Det konkluderes at det utvilsomt stilles et årsakskrav i konkursskarantene og den rettslige standarden som legges til grunn er en modifisert variant ettersom den både utvider og innsnevrer årsakskravet, ulikt erstatningsretten og strafferetten.

Heller ingen av lovgivningene angir tydelige vilkår om årsakssammenheng. Ut fra næringsforbudets lovmotiver er det klarlagt slik krav foreligger. Tilsvarende synspunkt ble lagt til grunn i konkursskarantenen og dansk lovgivning. Felles var årsakskravet oppfylles av at overtredelsen har skjedd i sammenheng med næringsvirksomheten eller selskapet.

Tilknytningsvilkårene ved årsaksvurderingene er forskjellige. Konkursskarantenen omhandler først og fremst økonomiske skader, hvorav Sverige utvider "skade" til å gjelde for personskader og tingskader forårsaket av den uforsvarlige forretningsførselen. Dette er omfattende i forhold til etter norsk konkursskarantene og ikke minst i forhold til norsk erstatningsrett og kravet om påregnelighet. Begrunnelsen har sannsynligvis sammenheng med lovens virkeområde som gjelder "i næringsverksamhet".

Det svenske næringsforbudets krav til allmenne hensyn skiller seg fra norske karanteneregler. På den andre siden vektlegger også konkursskarantene momentene handlingens art og om den har vært systematisk eller hatt økonomisk vinning for øye slik som allmän synspunkt. Vurderingen ligger derfor ganske tett opp til vår

rimelighetsvurdering. Rimelighetsvurderingen er en individuell prøving som skal foretas og kan tolkes dit hen som en rimelighetsvurdering før konkurskarantenene kan ilegges som tilsvarer vilkåret om at "allmän synpunkt" skal foreligge før svensk næringsforbud skal ilegges. Dansk rett har tilsynelatende ikke en slik vurdering, men det er lagt til grunn en forholdsmessighetsvurdering gjennom frakjennelsens fakultative inntreden.

Ved omfattende konkursmisbruk og konkursrytteri vil forholdene likevel kunne være en del av skjønnsvurderingen om hvorvidt det foreligger nærliggende fare for misbruk av stilling eller vervet for at dansk rettighetstap⁹² idømmes. Regelens virkeområde omfatter bare der det er påkrevd med offentlig autorisasjon eller godkjenning, og etter straffbar handling som medfører utelukkelse. I selve vurderingen er det enkeltheter i likhet med konkurskarantene om hva slags straffbare handlinger som tillegges vekt og omfattes av straffalternativet. Dansk rettighetstap er derfor nærmere vår konkurskarantene med hensyn til vurderingen av uforsvarlig forretningsførsel, mens frakjennelse av fødevarenæringsbrev er nærmere konkurskarantenens straffalternativ. Muligens understreker den danske oppbygningen straffbarheten og er derfor nærmere svenske regler.

⁹² Straffeloven § 79 [Dansk]

5.4 Rimelighetsvurderingen

Her foretas det en felles behandling av rimelighetsvurderingen i norsk konkurskarantene og svensk næringsforbud og dansk fødevarenæringsbrev.

Det vises til lavere rettsinstansers praksis av hensiktmessighetsgrunner, selv om vekten er relativt liten i forhold til Høyesteretts praksis. På den andre siden så er praksisen ikke ubetydelig, ettersom mange av karantenesakene ikke kommer høyere opp i systemet med mindre de er av prinsipiell art. Bildet av gjeldende praksis ligger derfor hos lagmannsrettspraksisen.

Konkurskarantenen har lovfestet rimelighetsvurderingen i kkl. § 142 (2): *”Ved avgjørelsen skal det legges vekt på om det under hensyn til skyldnerens handlemåte og forholdene for øvrig synes rimelig å sette ham i karantene.”*. Rimelighetsvurderingen er obligatorisk, jfr. ”skal”. Vurderingen består av to kumulative vilkår som del av helhetsvurderingen for hvorvidt det er rimelig å ilegge konkursdebitor karantene, nemlig momentene debtors ”handlemåte” og ”forholdene for øvrig”.

En prinsippal forutsetning for å kunne ilegge konkurskarantene er at debtors handlinger har forbrutt seg på kreditorenes interesse, men det er ikke tilstrekkelig for å anse det som rimelig å ilegge karantene. Lovforarbeidene omtaler ikke særlig hva som ligger i

skjønnsvurderingen. Derimot har etterarbeidene uttalt reaksjonen skal være ”rimelig”.⁹³

Dette tolkes som at retten skal foreta en forholdsmessighetsvurdering, hensett til omfanget og arten av de straffbare eller uforsvarlige handlingene, noe som også understrekes i RG. 1991 s. 557. Praksis betegnet omfanget av handlingene som ”gjennomgående markert” slik at det tydelig ikke gjaldt engangsforeteelser.

Forutsetningen om en formålsrettet tolkning der bare konkursgjengangere rammes blir avfeid av både etterarbeider og praksis med at det ikke er en nødvendig betingelse.

Spesielt er dette forholdet tatt opp i RG. 1993 s. 179 der det ble uttalt at engangsforeteelser ikke var gruppen instituttet ønsket å ramme. Ved engangstilfeller var en nemlig mer tilbøyelig med å benytte en straffereaksjon eller et erstatningskrav som passende reaksjonsmiddel. Følgelig sees konkursskaranten som et strengt middel og anvendes kun i de mer klanderverdige tilfeller. Likevel med et forbehold ettersom en annen tingrettsdom uttalte at formålet utvides til potensielle konkursgjenganger.

Tingretten bemerket at dette er aktuelt i forhold til utilbørlig opptreden gjennom berikelse på kreditors bekostning. Dette kan tolkes som at en utvidelse ikke er rimelig med mindre det er tale om vinningshensikt og ved særlig grove tilfeller.

Spørsmålet er om det svenske næringsforbudet stiller krav til å foreta en

⁹³ Innst. O. nr. 50 (1983-84) s. 17

rimelighetsvurdering. Av lovteksten er det ingenting som tyder på at en slik vurdering skal foretas. Det er utvilsomt slik at vilkåret om allmenne hensyn er et utslag av formålet som er å hindre skadelig samfunnsøkonomisk aktivitet. Likevel kan det spørres om vilkåret også kan tolkes som et utslag av en rimelighetsvurdering. Det foreligger ikke absolutte og kumulative krav som må være tilstede for at betingelsen allmenne hensyn er oppfylt før saksøkte anses kvalifisert for næringsforbud. Retten må derfor foreta en helhetsvurdering. Konklusjonen er at det ligger en inkorporert helhetsvurdering i kriteriet allmenne hensyn som ivaretar samme reelle hensyn som ved rimelighetsvurderingen.

I likhet med svensk rett har heller ikke dansk frakjennelse av næringsbrev en eksplisitt rimelighetsvurdering. Derimot er reaksjonens fakultative art et moment i retning av en implisitt rimelighetsvurdering ved at retten kan velge å frakjenne næringsbrevet på tross av at næringsbrevinnehaveren gjentatte ganger og under skjerpene omstendigheter har overtrådt spesiallovgivning. Dette momentet er tilsvarende konkurskarantenes rimelighetsvurdering ettersom det tas hensyn til næringsbrevinnehaverens opptreden og omstendighetene for øvrig. Videre kan også frakjennelsens fleksible rettsfølger tale for en innebygd rimelighetsvurdering ved at retten vurderer hvorvidt de gjentatte overtredelsene likevel kan tale for en mindre inngripende reaksjon: ”... *Frakendelsen kan begrænses til at vedrøre et enkelt forretningssted eller en enkel forretningsenhet og til enten at omfatte detailsalg af fødevarer... eller fødevareengrosvirksomhed...*”. Dessuten kan retten også velge å utvide frakjennelsen til å omfatte retten til å være stifter, inneha ledelsesposisjoner i ansvarsbegrensede selskaper som driver fødevarevirksomhet. Dette taler ytterligere for eksistensen av en dansk rimelighetsvurdering.

Det første kumulative vilkåret som er opp til vurdering er konkursdebitors ”håndlemåte” og hvordan den begrunner rimeligheten for å ilegge karantene. En avgjørelse la betydelig vekt på hvorvidt overtredelsene omhandlet sentrale bestemmelser, hvor lang tid overtredelsene hadde pågått, og om det dreide seg om

betydelige beløp.⁹⁴ Sentrale bestemmelser vil kunne være lovbestemmelser konkurskarantenen spesielt prioriterer slik som straffeloven kap. 27. Rimelighetsvurderingen er noe ulik med hensyn til ileggelse av karantene som vurderes etter § 142 (1) nr. 1 eller 2. Ved ileggelse etter nr. 1 er aktuelle momenter hvor lang tid de straffbare overtredelsene har pågått, altså omfanget av den straffbare virksomheten, og straffbarheten av handlingene. Mens det i forhold til nr. 2 blir handlingens art vurdert aktivt mot type virksomhet. Juridisk teori og forarbeider anerkjenner at ”handlingens art” vurderes strengere etter straffalternativet enn ved ”uforsvarlig forretningsførsel” som gir mer rom for skjønn. Uansett fremgår det ikke av ordlyden hvor terskelen skal ligge for å kunne betegne en ”handlemåte” som graverende eller ”forholdene for øvrig” som formildende, ei heller vekten av disse. Schonhowd har med hensyn til handlingens art i forhold til uforsvarlig forretningsførsel uttalt⁹⁵: *”Omfang og grad av risiko vil imidlertid ha betydning, sammen med selve arten handling. Det er vanskelig å gi noen nærmere anvisning på hva som her kreves.”*. Forfatteren understreket ikke enhver risiko er uforsvarlig. Derfor vil en individuell prøving komme til sin rett når handlingen sees i sammenheng med selskapets forretningsmål og virksomhet. Ifølge Schonhowd kan overskridelse av hva som anses naturlig og forsvarlig i forhold til en bedrifts økonomi være formildende i en anstrengt økonomisk

⁹⁴Frostating lagmannsrett kjennelse 29. desember 1995.

⁹⁵ Schonhowd (2001) s. 50-51

situasjon slik som handlinger foretatt som del av årsakskjeder for å få bedriften på fote igjen uten at det gir langsiktige resultater.⁹⁶

I RG. 1993 s. 179 uttalte retten at den straffbare handlingens formelle karakter som graverende momsunndragelse og manglende regnskap, i tillegg til uforsvarlig opptreden fra selskapets ledelse likevel ikke var tilstrekkelig for å kunne ilegge konkurskarantene. Dette betyr at terskelen er ganske høy ved formelle overtredelser. Annet enn dette er det fortsatt uvisst hva som må til før det er rimelig å ilegge konkurskarantene. Schonhowd har betvilt avgjørelsens rekkevidde siden omfanget tilsa et annet resultat og den heller var en anomali.

Videre påpekte Schonhowd sontringen av straffbare handlingers straffbarhet kan henvises til strafferammen for veiledning, noe som er velkjent innen strafferetten. Formalovertredelse innen strafferetten betraktes som mindre straffverdig enn overtredelser med økonomisk vinning i sikte, spesielt ved konkurstilfeller. Graverende kan derfor bety omfattende og systematisk overtredelse over lengre tid som en del av vurderingen av handlingenes omfang. I dette ligger også en bedømmelse av handlingens straffbarhet. Ifølge straffelovens forarbeider er det ikke bare skyldsvurderingen som kan gi veiledning med hensyn til grovheten av handlingen, men også i forhold til den

⁹⁶ Ibid s.51

økonomiske gevinsten han har tilegnet seg, særlig ved tyveri, ran og bedrageri.⁹⁷ Grovheten av en handling er derfor ikke bare et spørsmål om straffenivå, men også graden av straffbarhet for de utførte handlingene. Dette vil kunne overføres til konkurskarantene uten at det nødvendigvis er en skyldkonstatering etter straffeprosessen. Handlingens grovhet gjenspeiler derfor konkursdebitors opptreden som igjen kan påvirke utfallet av rimelighetsvurderingen.

Hva som ligger i momentet *"forholdene for øvrig"* kan kanskje en kjennelse fra 10.05.1996 ved Frostating lagmannsrett belyse. Retten uttalte at samfunnsmessige hensyn som begrunnet konkurskarantene veide tyngre enn personlig hensyn hos konkursdebitor. Personlige hensyn kan være at illeggelse medfører yrkesforbud der konkursdebitor er såkalt profesjonell styremedlem, men dette hensynet er ikke like tungtveiende. Det skal meget til før reelle hensyn kan tale imot en karanteneileggelse. Hvordan konsekvensen av en illeggelse måtte ha for den nærmeste familien har Schonhowd beskrevet slik: *"... hensynet til disse ikke må være den avgjørende faktor ved vurderingen når saken dreier seg om alvorlige forhold. Ileggelse av konkurskaranten vil i likhet med domfellelse for straffbare forhold alltid medføre et viss ubehag for andre familiemedlemmer. Skulle imidlertid skifteretten være i tvil om*

⁹⁷ Ot. prp. nr. 90 (2003-04) punkt. 11.3.2 og 10.1

hvorvidt det er rimelig å ilegge konkurskarantene, kan hensynet til den øvrige familie representere det avgjørende moment som medfører at karantene ikke blir ilagt.”.⁹⁸ Det stilles tvil om momentets betydning og forstås derfor som av relativt liten vekt. Hvis momentets betydning er så tungtveiende og retten er i så stor tvil at den lar det være avgjørende faktor, antas det i utgangspunktet heller ikke forelå rimelig grunn til å ilegge karantene mot konkursdebitor. Særlig hvis det vurderes karantene begrunnet i uforsvarlig forretningsførsel. Hvis konkursdebitor vurderes illeggelse grunnet skjellig grunn til mistanke om straffbare handlinger er det heller tvilsomt momentet alene kan skape en helomvending.

I samme kjennelse ble det også lagt vekt på vedkommendes involvering i to konkurser ved tidligere anledninger og vært sentral figur, uten at det fikk ettervirkninger. Dette kan følgende bety konkursdebitors handlemåte som strekker tilbake i tid kan gi utslag i rimelighetsvurderingen, både i favør og ufavør. Opptreden som moment av betydning understrekes allerede i RG. 1993 s.1148 hvor det ble lagt særskilt vekt på konkursskyldners gjorde handlinger, men også opptreden i ettertid.

Et annet hensyn retten la også vekt på er hensynet til rettsforutberegnelighet og rettsenhet hvor avgjørelsen bør være med på å skape et mer helhetlig system. Her innebar hensynene at retten ikke skulle overkjøre straffedomstolens avgjørelse med

⁹⁸ Schonhowd (2001) s.60

hensyn til illeggelse av karantene på bakgrunn av straffbare handlinger når han i ettertid har blitt frikjent for samme forhold illeggelsen måtte bygge. Avgjørelsen la også vekt på konkursdebitors tidligere erfaringer med konkurser og det at konkursdebitor ikke hadde sikret seg privatøkonomiske fordeler på selskapets bekostning. Videre ble det også lagt vekt på at konkursdebitor utviste selvkritikk og anger. Disse momentene førte til at han ikke ble ilagt konkurskarantene.

En annen avgjørelse la også vekt på konkursdebitors innsikt og uansvarlige holdning med hensyn til stillingen som styreformann.⁹⁹ Konkursdebitor holdt ikke økonomien mellom sitt eget og selskapets adskilt, noe som talte sterkt i disfavør for ham. Fristen ble også beregnet fra et annet utgangspunkt ettersom rimelige hensyn ikke talte imot dette tilfellet, selv om det kan være urimelig å sette ham i karantene 1 og 1/2 år etter konkursåpningstidspunktet. Denne vurderingen var spesielt relatert til selskapets størrelse og sakens omfang, og det var lite hensiktsmessig at karantenetiden fastsettes fra konkursåpningstidspunktet etter konkursdebitors ønske da dette ville være for kort slik at karantenen i realiteten ble virkningsløs.

Schonhowd har videre påpekt momenter som konsekvensen av illeggelsen av utvidet karantene for konkursdebitor. Blant annet medfører eksisterende virksomhet stilles i en

⁹⁹ RG. 1993 1144

vanskelig situasjon driftsmessig eller personellmessig.¹⁰⁰ Da kan rimelighetshensyn taler for at konkursdebitor heller ilegges obligatorisk konkursskarantene som kun omfatter forbud mot å påta seg fremtidige verv. Men retten må ta ekstra hensyn når den vurderer å ilegge utvidet karantene. Konklusjonen er at rimelighetsvurderingens kumulative vilkår medfører en viss overlapping.

Det svenske kravet ”allmän synpunkt” tolkes dit hen at det heller er et steg nærmere en straffesak fordi allmenne hensyn må foreligge før det kan reises offentlig påtale¹⁰¹. Selv om de svenske lovmotivene begrunner vilkåret med at det synliggjør rettspolitiske hensynene^{102 103}.

Dessuten vektlegger NL 3 § tyngden av faktum i vurderingen: ”... *särskilt beaktas om åsidosättandet varit systematiskt eller syftat til betydande vinning, om det medfört eller*

¹⁰⁰ Schonhowd (2001) s. 61

¹⁰¹ Sml. Straffeloven § 77

¹⁰² Med rettspolitiske hensyn i lys av næringsforbudet vil det være samsvarende med formålet som er å hindre debitor fra å benytte sin virksomhet til å forårsake store økonomiske skader for andre persongrupper, for eksempel kreditorer, ansatte, konkurrenter, forbrukere, avtaleparter og samfunnet for øvrig. Det ligger også et prinsipp om forsvarlig forvaltning av samfunnsressurser til grunn ved å forhindre debitor fra å fortsette sin virksomhet i samme skala som kan fremstå støtende for allmennheten.

¹⁰³ Prop. 1985/86:126 s.154

varit ägnat att medföra betydande skada eller näringsidkaren tidigare dömts för brott i näringsverksamhet.”. Samtidig som lovmotivene uttalte at disse kriteriene er ikke ment som annet enn veiledende for retten.¹⁰⁴ Med unntak av vilkåret i samme paragraf 2 st.: ”... Har næringsidkaren i næringsverksamheten gjort sig skyldig till brott för vilket det lägsta föreskrivna straffet är fängelse i sex månader, ska vid tillämpning av 1 § näringsförbud anses påkallat från allmän synpunkt,... ”.

Videre angir det svenske næringsforbudet et krav til betydelig vinning og dette tyder på at det skal være mer enn bagatellmessige beløp. Fokuset settes på debtors handlinger som har medført eller kunne medført betydelig skade. Ut fra lovens virkeområde og kontekst tolkes ”skade” som økonomisk skade enten i form av summer som er unndratt eller skadelidende posisjon i markedet slik som ved konkurransebegrensende virksomhet medfører for andre aktører i en sektor. Følgende betyr det at etter NL 2 § vil handlingen ha medført kreditorene økonomisk tap. Samtidig handler vurderingen egentlig om å fastlegge grovheten av forsømmelsen(e).

Andre momenter av betydning er hvor lenge overtredelsene har foregått og driften ellers i selskapet.

Nevnte lovforarbeider eksemplifiserte 5 typetilfeller der ileggelse av næringsforbud bør skje. Første er der tiltalte har tidligere vært dømt for samme forhold, for eksempel i

¹⁰⁴ Prop. 1985/86:126 s. 157 flg.

forhold til overtredelse på bokføringsloven, men fortsetter like fullt i samme stil etter dommen. Tiltalte har med andre ord ikke lært av det tidligere forholdet og ikke skjerpet seg for å overholde gjeldende lovgivning, noe som anses som graverende. Samtidig som retten skal ta hensyn til den tidligere doms alder. Det andre tilfellet som trekkes frem er der tiltalte har gått konkurs 5 ganger i løpet av de 10 siste årene enten personlig konkurs eller med juridiske personer. Han har videre vært ute av stand til å betale utestående til staten gjentatte ganger. I tillegg til at han har overtrådt lov om begjæring om oppbud og lignende. Til dette eksempelet utdypet lovgiver på s. 158: *”Konkursene bör inte i seg ha någon betydelse för bedömningen. De framstår visserligen som naturligt förbundna med åsidosättandena, men även om – teoretisk sett inga konkurser förekommit hade näringsförbud varit motiverat.”*. Utsagnet innebærer at konkurs i seg selv ikke er avgjørende ved ileggelse av næringsforbudet, men at det er handlingene forut som har ført konkurs, jfr. NL 2 §. Antakelsen om at det økonomiske beløpet må være av en viss størrelse er derfor feil. Lovgiver har lagt avgjørende tyngde på hvorvidt det strafferettslige forholdet har vært av gjentakende karakter. Manglende vinnings hensikt og ubetydelige beløp er derfor ikke tilstrekkelig for å motvirke et næringsforbud. Det tredje eksemplet som tegnes opp av lovgiver er der tiltalte har drevet aksjeselskaper i mange år og disse ble etterfulgt av konkurs. Overtredelsene består av unnlatt betaling av skatter og avgifter i stor skala. Resultatet av de gjentakende konkursene, avtegner en systematisk opptreden som må ha basert på kalkulering for utnyttelse av systemet. Det systematiske ved handlingen(e) sees i sammenheng med kriteriet om vinning ettersom det er en faktor for at tiltalte har valgt å opptre på denne måten. I det nest siste eksemplet har lovgiver omtalt der tiltalte har drevet et selskap på kreditorenes regning, på tross av at det har vært insolvent i flere år. Han har med andre ord forverret selskapets økonomiske stilling betydelig og samtidig forårsaket kreditorene betydelig tap, med minimale muligheter for å få fordringene sine dekket. Her har lovgiver vært uenige med utvalget om hvorvidt ileggelse bør skje. Mens komiteen har lagt hovedtyngden på hvorvidt tiltalte har planlagt å forsette driften på kreditorenes regning, for sin egen personlig vinning samt tidligere dømt for samme forhold. Lovgiver på sin side har på tross av de tilleggskriterier utvalget har satt opp, vært uenig. Dette tyder på at det å drive på kreditorenes regning i så lang tid, isolert sett er graverende nok og

kvalifiserer for næringsforbud. Naturligvis har også tapet vært en faktor, og i motsetning til min antakelse, har lovgiver åpnet for en videre betydning av ordet ”skade”, men også i forhold til hvem som har lidt tapet. På s. 157 i samme proposisjon tolkes begrepet ”skader” til økonomiske skader, men ikke bare i forhold til kreditorer, men også konkurrenter, forbrukere, avtaleparter mfl.. Også personskader, tingskader forårsaket av den uforsvarlige forretningsførselen inkluderes i ordets betydning.

Svensk vurdering er bredere, men dette er igjen en følge av lovens generelle virkeområde jfr. ”i näringsverksamhet”. Utenom denne forskjellen vektlegges stort sett de samme hensynene.

Det nærmeste man kommer konkursskarantenens kumulative vilkår hos dansk frakjennelsesregel er gjennom kriteriene ”gentagne gange”, ”skærpende omstændigheder” og ”væsentligt” etter fnbl. § 11 (1). Det er uklart hvorvidt retten vektlegger andre forhold. Ordlyden i forhold til første kriterium taler for at overtredelsene innebærer mer enn 1 gang. Altså vil det være oppfylt ved innberetning til retten der det stilles krav til 3 overtredelser. Et snev av automatisk begjæring om frakjennelse synes derfor å ligge til rette. I forhold til ”skærpende omstændigheder” kan det trekke i retning av at næringsbrevinnehaveren har unnlatt å ta lærdom i forhold til sin første overtredelse eller i enda større grad valgt å overse annen tilgodesett

lovgivning. Momentet taler for at det er andre forhold som ikke anses formildende som bør tillegges vekt. Derimot kan siste kriterium sees i lys av straffutmålingen ved overtredelsene. Om resultatet var en fengselsdom som følge av overtredelsen enn forelegg og bøter er det i større grad disfavør for næringsbrevinnehaveren. Samtidig som mange bøter ikke er mindre straffverdige av den grunn. Selv ut i fra forskriftens betegnelse, "Vesentlige overtrædelse", virker det som om det vesentlige ved overtredelsene er at handlingen har inntruffet i det hele tatt.¹⁰⁵ Dette taler for at dansk rett har en snevrere vurdering enn etter norsk rimelighetsvurdering.

Konklusjonen er at konkurskarantenens rimelighetsvurdering kan finne en slags slektskap i svensk og dansk helhetsvurdering, uten at det er en og samme vurdering.

6 Rettsfølger

Dette kapittelet fellesbehandler de ulike lovgivningenes reaksjoner.

¹⁰⁵ Bek. om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder §§ 10-12

Konkurskarantenens normalordning fremgår av kkl. § 142 (3): ”Konkurskarantenen innebærer at skyldneren i et tidsrom av to år regnet fra konkursåpningen ikke kan stifte selskap som nevnt i femte ledd eller påta seg eller reelt utøve nye verv som medlem eller varamedlem av styret eller som daglig leder (administrerende direktør) i slikt selskap... ”.

Selskaper som omfattes er definert av kkl. § 142 (5) og er selskaper med begrenset deltakerform: ”Med selskap i tredje og fjerde ledd menes aksjeselskap, allmennaksjeselskap, forretningsavdeling av utenlandsk selskap, næringsdrivende stiftelse, boligbyggelag, borettslag, samvirkeforetak, gjensidig forsikringsselskap og statsforetak. ”. Felles for selskapstypene er det ikke foreligger noe personlig ansvar i forhold til heftelser hos selskapet eller muligheten til å organiseres/stiftes som aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper eller gjensidige selskaper.¹⁰⁶ Preferansen for selskaper med begrenset ansvar er at det innebærer lite til null personlig ansvar for økonomiske og straffbare forhold ”begått” i selskapet. Reglene er ment å ramme tilfeller der debitor skjuler seg bak ansvarsbegrensede selskaper¹⁰⁷ som nevnt i § 142 (6) nr. 2. Det er her konkurskarantenen i praksis opererer som et ansvarsgjennombrudd mot utgangspunktet om juridiske personers partsevne. Den som begår handlingene i

¹⁰⁶ Forutsettes av at lovgivningen tar sikte på å ramme tilfeller hvor valget faller på aksje- eller allmennaksjeselskaper.

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 50 (1980-81) s. 120 uttaler at reglenes kvalitative rekkevidde er begrenset til selskapsformene og ikke til spesifikk næringsvirksomhet.

selskapet skal det reageres mot. Konkursdebitor blir i løpet av en 2 års periode underlagt forbud mot å stifte nye ansvarsbegrensede selskaper. Forbudet gjelder ikke bare stifting, men også ledelsesansvar enten ved å inneha verv som styremedlem, varamedlem eller daglig leder i slike selskaper. Loven tar også sikte på å ramme ”reelle” forhold, spesielt der debitor har benyttet seg av stråmenn for å omgå karantenen gjennom å oppfylle formelle krav i forhold til stiftelse av selskaper eller dagligleder, mens stillingen i virkeligheten er besatt av debitor.

Videre stilles det spørsmål om rettsvirkningen begrenset til deltakerformen er illusorisk ettersom konkursdebitor kan fortsette som før, på nye kreditorers regning med ANS som skalkeskjul. Hvis debitor har vært fullt ansvarlig deltager i et ansvarlig selskap og blitt ilagt konkurskarantene på bakgrunn av uforsvarlig forretningsførsel, hva innebærer virkningene av en slik karantene i så fall? Han har muligens forbud mot å benytte seg av selskapsformer med begrenset ansvar for videre drift, men dette forhindrer ikke debitor fra å stifte et ansvarlig selskap. I motsetning til konkurs i aksjeselskaper er forholdet av den art at debtors konkurs kan ha medført at han samtidig har gått personlig konkurs, jfr. ”fullt ansvarlig deltager”. Med andre ord ville vært lettere for debitor å stifte et selskap med begrenset ansvar. Lovgiver har forutsatt en slik vending og derfor er ansvarlige selskapsdeltagere omfattet av lovens ordning for illeggelse av karantene, uten at rettsfølgene omfatter ANS.

Normalordningen kan resultere i at konkursdebitor fortsetter driften i sine eksisterende begrensede selskaper eller eksisterende verv, da dette ikke er en del av den obligatoriske karantenen. Utfallet kan bli at disse på kort sikt kan gå konkurs, enten som planlagt kjedekonkurs eller på grunn av manglende forretningsevne. Rettsfølgen av den obligatoriske karantenen består i realiteten av et forbud der konkursdebitor ikke kan stifte selskaper eller påta seg fremtidige verv, men like fullt gå konkurs gjennom verv og drift i eksisterende i selskaper. Normalordningen har derfor en mangel når den ikke rammer nåværende situasjon, men en fremtidig hendelse. Mangelen skaper derfor en ufullstendig reaksjon med redusert preventiv effekt for å kunne forhindre ytterligere økonomisk skade og det skaper en falsk trygghet for nye kreditorer.

For øyeblikket foreligger det ingen intensjoner om å utvide rettsfølgene til å omfatte andre deltakerformer. Foruten begrunnelsen om at behovet ikke er like tilstedeværende for deltakerformer med blandet eller fullt ansvar, fremmes perspektivet om uthuling av rettighetstapet.

Den utvidede rettsfølgen omfatter kun eksisterende verv og inntretr ikke automatisk ved illeggelse av den obligatoriske karantene, se kkl. § 142 (4): *”I tilfelle som nevnt i første ledd punkt 1 kan retten bestemme at konkurskarantenen også skal innebære at skyldneren for det nevnte tidsrom skal fjernes fra verv som nevnt i tredje ledd i selskaper som nevnt i femte ledd.”*. Av lovens ordlyd er denne tilbakevirkningen begrenset til konkurskarantene ilagt i sammenheng med kkl. § 142(1) nr.1, straffalternativet. Flertallet i etterarbeidene har uttalt at det bør tas hensyn til at rettsfølgen er en strengere og mer infamerende reaksjon.¹⁰⁸ Igjen vil hensynet til forholdsmessighet avveies mellom middelet og målet for hva som er rimelig å benytte i det enkelte tilfellet. Lovgiver har derfor satt terskelen ganske høyt, og praksis virker å ha fulgt den nøysomme holdningen også, ettersom den utvidede rettsfølgen ikke benyttes i særlig grad. Samtidig kan det spørres om terskelen ligger på nivå som rettighetstap etter strl. § 29, og utvidet karantene likevel har pønål styrke.

¹⁰⁸ Innst. O. nr. 56 (1983-84) s. 17

På den andre siden er ikke konkurskarantene flittig brukt, tatt i betraktning antall konkurser som forekommer årlig.¹⁰⁹ Gjennom å frata konkursdebitor eksisterende verv kan en sannsynligvis hindre nye konkurser kommende 2 år. Hyppigere bruk av utvidet konkurskarantene avgir antakelig større signaleffekt og virkning enn den obligatoriske rettsfølgen alene. Men det foreligger ingen forslag om endring av regelen, utenom en videreføring, se høringsnotat punkt 5.3.

Det stilles spørsmål om § 142 (5) kommer til anvendelse for NUF-selskaper.¹¹⁰ Grovt fortalt er et NUF en filial av et utenlandsk foretak som etter norsk lovgivning er påbudt å registrere seg i Foretaksregisteret, se fregl¹¹¹. § 2-1 (2). Noen av de fremste fordelene ved NUF er at etableringen ikke stiller krav til aksjekapital à la 100.000 kr som etter norsk aksjelovgivning. Registrering av foretak i Storbritannia som et limited selskap krever ikke mer enn 1 pund og gir samme ansvarsbegrensning på lik linje med norske aksjeselskaper. En annen fordel er at NUF gir begrenset innsyn utenfra med hensyn til økonomiske resultater. NUF-selskaper er nemlig ikke pålagt å ha revisor, utenom plikt til å levere inn årsregnskap. Selvfølgelig er disse fordelene ikke like fordelaktige med hensyn til kreditorer og skattemyndighetene, men dette er et valg som debitor eventuelt

¹⁰⁹ Justisdepartementets høringsnotat (2004) s.7

¹¹⁰ Advokat (H) Erling Opdal (2004)

¹¹¹ Foretaksregisterloven

gjør og har gjort for å dra økonomiske fordeler av. Det foreligger håndhevingsvansker ettersom det ikke foreligger revisorplikt, men også i forhold til jurisdiksjon da hovedselskapet stiftes i utlandet. Adgangen til å slå ned på karantenebetingede forhold vil derfor være forvansket, om ikke minimal. Også kreditors muligheter til å sikre seg mot tap er redusert grunnet begrenset adgang til innsyn i selskapets økonomiske resultater.

Forutsatt "forretningsavdeling av utenlandsk selskap" er samme som "filial av et utenlandsk foretak" vil konkurskarantenen komme til anvendelse, slik at NUF i praksis ikke er omgåelse av konkurskarantenen, samtidig som eierne bak den juridiske personen ikke vil kunne rammes av loven. Men konkurskarantenens rettsvirkninger rammer først og fremst verv og stillinger i ledelsen, slik at daglig leder i forretningsavdelingen vil fortsatt kunne rammes av loven.

Svenske regler om næringsforbud har derimot en litt annerledes variant.

”Ansvarsgjennombruddet” inntreffer når disse vilkårene er oppfylt, jfr. NL 4 § (1): ”... *begått brottet i näringsverksamheten eller innehade sin ställning när betalningen av skatt, tull eller avgift underläts, den juridiske personen försattes i konkurs...*”.

Det svenske næringsforbudets rettsfølger er felles, uansett etter hvilken rettsregel som begrunner illeggelse, jfr. 1-2 a §§.

Det svenske selskapsbegrepet ”*näringsverksamhet*” tolkes i samsvar med lovmotivene som et vidt begrep som omfatter all økonomisk virksomhet.¹¹² Likevel fremgår det av NL 6 § nr. 4 at rettsvirkningene også gjelder for stiftelser og økonomiske foreninger.

På bakgrunn av regelens virkeområde nedsettes det et generelt forbud mot å drive næringsvirksomhet i sin helhet som selvstendig næringsdrivende etter NL 6 § nr. 1 hvorav de etterfølgende paragrafene enten angir en unntaksregel eller definerer grensene for det generelle forbudet. Ved å nedlegge et totalforbud, tydeliggjør lovgiver at forholdet er ulovlig. Når lov om næringsforbud er generell i formen rammer den virkelig alt slik at virkeområdet taler for at reaksjonen er av pønalt karakter. Dette understrekes videre i nr. 3,4 og 5 hvor det foreligger forbud mot å være stifter, styreleder, styremedlem, varamedlem og administrerende direktør, men også visedirektør i et aksjeselskap, sparebank eller forsikringsselskap. Forbudet mot å påta seg verv og utøve virksomhet er absolutt for selskaper med begrenset ansvar på en eller annen måte.

Nr.6 avviker derimot i forhold til personkretsen som omfattes og er en utvidelse av verv-begrepet: ” ... *vara firmatecknare eller i annan egenskap vara ställföreträdare för en sådan juridisk person som anges vid 4,...* ”. Firmategnere anses som selskapets representanter utad og vil derfor kunne identifiseres med selskapets ledelse, og inngå

¹¹² Prop. 1985/86:126 s.149 flg.

avtaler på selskapets vegne i likhet med det en daglig leder vil kunne gjøre selv om vedkommende kun formelt sett er en ansatt med slik rett, se asl. §§ 6-30-31. I praksis kan forbudet mot å påta seg verv i form av de ovennevnte stillinger resulterer i at firmategner benyttes av debitor som omgåelse i forhold til verv-begrepet. Gode grunner taler for at regelen er et utslag av en konsekvent håndhevelse i forhold til forbudet mot å delta i ledelse av et selskap. Av samme grunn har næringsforbudet også inkludert fullmakter i nr. 9. Men det gjelder ikke i forhold til ren avtaleinngåelser på formuerettens område fordi fullmakt på avtalerettens område ofte er begrenset og det fremgår ofte hva slags fullmakt næringsutøveren besitter. Likeledes betyr det at avtaleinngåelse overfor tredjemann er gyldige.

I forhold til formell omgåelse ved bruk av stråmenn omtales det i NL 4 §, 2 stk. at reell utøvelse av næringsvirksomhet legges til grunn. Begrunnelsen er nok ut fra et omgåelsessynspunkt, og et sanksjonsmiddel mot bakmennene. Stråmannsproblemet ved ”reell” utøvelse av verv har medført at næringsforbudet ytterligere skjerpet betydningen.

Det svenske næringsforbudet nedlegger også et forbud mot at næringsutøveren etter ileggelsen fortsetter som ansatt i selskapet han anses uskikket til å utøve næringsvirksomhet. Det gjelder også i forhold til å motta langvarige oppdrag og er av hensyn til selskapet og til selskapets aksjonærer og kreditorer.

Næringsutøveren kan heller ikke være ansatt eller ta imot oppdrag i et selskap med begrenset ansvar som drives av en nærstående ifølge NL 7 §: ”*Den som är underkastad näringsförbud får inte vara anställd eller ta emot återkommande uppdrag i en näringsverksamhet som drivs av en närstående till honom eller där en närstående har en sådan ställning som anges i 4 §. Som närstående anses hans make, den med vilken han samlever under äktenskapsliknande förhållanden, förälder, barn och syskon samt den som är besvägrad med honom i rätt upp- eller nedstigande led eller så att den ene är gift med den andres syskon. Inte heller får den som är underkastad näringsförbud vara anställd eller ta emot återkommande uppdrag i den näringsverksamhet där han åsidosatt sina åligganden.*”. Forbudets tyngde på

nærstående synes å være en følge av omgåelsesproblematikken. Praksis har antydnet stråmenn som ofte benyttes har tilknytning til næringsutøveren gjennom familiære relasjoner, slik at nærstående omfatter ektefelle, samboer, foreldre, barn og søsken samt slekt i opp- og nedadstigende linje og i forhold til svoger og svigerinne. Ordet ”nærstående” er derfor noe videre enn normal fortolkning tilsier. Regelen synes å være et middel for å angripe omgåelsesproblemet der det skjer en opphopning av opptreden som benyttes. Hvis karantenen skal fungere allmennpreventivt forutsettes det et godt utbygd organ for å håndheve og spore opp slike ulovligheter og mange andre fagområder kunne sikkert trenge et slikt håndhevelsesorgan også. Svenskenes innfallsvinkel på problematikken er å ta forholdsregler allerede i lovens utforming, i tillegg til utbygd og lovfestet håndhevelsesorgan.

Sverige har videre valgt å omfatte tilfeller hvor næringsutøveren eier så mange aksjer at de overstiger 50 %. Utgangspunktet er ved aksjemajoritet vil han erverve en del rettigheter og i tillegg til å påvirke beslutninger i selskaper, også i realiteten avgjøre dem. Videre innskrenker næringsforbudet rekkevidden av spesialregelen ved at den gjelder først ved 50 % -grensen, og ikke før. Dette er en formildning av regelen og tilsier at den ikke er absolutt, men samtidig undres hvorvidt regelen forhindrer næringsutøveren fra å drive næringsvirksomhet, under dekke av å være aksjeeier.

Lovens 19 § gir næringsutøveren adgang til å søke om dispensasjon fra

næringsforbudet. Følgende er næringsforbudet omfattende og detaljert i formen. I utførelse er det en streng reaksjon og innebærer i større grad et absolutt næringsforbud. Næringsutøveren fratas alle sine verv, eksisterende og fremtidige, i tillegg til å fratas adgangen til posisjoner med ledelsesansvar¹¹³. Dette er typiske rettsfølger ved rettighetstap.

Dansk rett har derimot definert selskapsbegrepet ”selvstendig erhvervsvirksomhet” slik:

”... detailsalg af fødevarer, herunder catering og salg af fødevarer til nydelse på eller ved stedet, samt fødevareengrosvirksomhed.

Stk. 2. Ved fødevareengrosvirksomhed forstås i denne lov enhver fødevarevirksomhed, der ikke driver detailsalg af fødevarer eller er primærproducent... ”.

Engroshandel¹¹⁴ betyr næringsvirksomhet med sikte på videresalg av fødevarer til restauranter osv og avgrenses mot "virksomheder, der ikke er afgifts- og registreringspligtige efter momsloven" og "lov om restaurationsvirksomhed og alkoholbevilling m.v". Næringsbrevlovgivningen kommer heller ikke til anvendelse på offentlige institusjoner. Selskapsbegrepet begrenses derfor til omsetningsledd av mat

¹¹³ Å drive næringsvirksomhet.

¹¹⁴ <http://www.sNLno/engroshandel>

for målgruppen forbrukere. Loven har ikke et like generelt virkeområde slik som det svenske næringsforbudet, men til en forholdsvis begrenset type næringsvirksomhet og er derfor spesiallovgivning.

Konkurskarantenen kan derfor sees på som spesiallovgivning på lik linje med dansk rett ettersom virkeområdet også er begrenset, forutsatt at en lovbegrensning i form av ansvarsbegrenset deltakerform eller fødevarenæring kan likestilles.

Dansk frakjennelse av næringsbrev har flere fleksible rettsvirkninger. Retten kan nemlig begrense tapet av næringsbrev til å gjelde et enkelt forretningssted eller en isolert enhet av en forretningsvirksomhet. Hvis virksomheten driver både med detaljalg av fødevarer og engrosvirksomhet kan retten begrense rettsfølgene til hvilken av de to forretningsenhetene den ønsker å frata næringsbrevet. Resultatet er at næringsbrevinnehaveren ikke nødvendigvis risikerer et yrkesforbud. I stk. 2 fremgår rettens adgang til å utvide frakjennelsen til å gjelde retten til å være stifter, direktør eller medlem av styret i et selskap og sammenslutninger med begrenset ansvar som driver virksomhet som omfattes av denne loven, jfr. § 1. Dette er en utvidelse fra å utøve næringsvirksomhet til å inkludere ledelsesposisjoner. Hensynet til håndhevelse er nok overveiende her siden regelen kan begrunnes ut fra et omgåelsessynspunkt. Om det er den juridiske person som har ervervet næringsbrev vil den i så fall frakjennes næringsbrevet, men på den måten begrenses effektiviteten av frakjennelsen. Derfor kan stk. 2 betraktes som en sikkerhetsventil der man ønsker å ramme personer bak det juridiske subjektet. Likevel er det ikke noe i reaksjonsformen som tilsier at en reaksjon er strengere enn en annen, med mindre retten velger å frakjenne alle næringsbrevene i forretningsvirksomheten. Samtidig trekker ”kan” i retning av at hovedregelen er total frakjennelse, og begrensningene heller er unntaket.

Konkurskarantenens rettsfølger er fleksible. Danske domstoler har i likhet med norske domstoler adgang til alternative rettsfølger og ikke nødvendigvis et totalforbud. Det er ikke tilfellet med det svenske næringsforbudet, siden det ikke har alternative rettsfølger for eksisterende og fremtidige verv, men nedlegger et totalforbud. Dette avbøtes av

dispensasjonsadgangen, NL 19 og 21 §§. Norsk og dansk lovgivning synes å ha samme oppbygning for rettsfølger. Men i utgangspunktet er nok likheten mellom disse begrunnet i reaksjonens fakultative art og ikke obligatorisk art slik som det svenske næringsforbudet.

Derimot har svensk lovgivning en utvidet rettsvirkning uten sidestykke hos norsk eller dansk lovgivning. Næringsforbudet angir forbud mot forretningsførsel gjennom representasjonsrett, slik som signaturberettigede og prokurister, se NL 6 § nr.6 og 9. Forholdet er oppe til høring etter at Brønnøysundregistrene fremmet synspunktet om en tilsvarende "utvidelse" av konkurskarantenen for å hindre muligheten for omgåelse, se punkt 8.2 i høringsnotatet.

Dessuten fremmes det forslag om konkurskarantenens virkninger får følger for aksjeandeler, se NL 6 § nr. 8. Justisdepartementet ser ikke det praktiske behovet ved regelen, ut fra et manglende kontroll- og tilsynsadgang. Gode grunner taler for at det inkluderes en lignende linje mot aksjemajoritet med hensyn til effektiv håndhevelse av karantenen fordi en lovfesting av den mulige tvilen vil kunne redusere omgåelsesadgangen, men også føre til en rettsforutsigbarhet i lovens system. Konsekvensen blir også at norske regler nærmer seg det svenske næringsforbudet i enda større grad. Om norsk lovgivning hadde hatt samme vide begrep av "verv" som det svenske næringsforbudet, ville den klart kunne distansere seg fra dansk lovgivning.

Konkurskarantenens rettsfølger er begrenset til deltakerformen. Dette er i motsetning til det svenske næringsforbudet hvor rettsfølgene rammer uavhengig deltakerform. Det sanksjonerer nemlig den straffbare, uforsvarlige forretningsførselen. Dansk lovgivning er i likhet med svenske regler heller ikke begrenset til deltakerform. Selv om noen av rettsfølgene ved frakjennelse kan innebære forbud mot å stifte eller erverv av ledelsesposisjoner i ansvarsbegrensede selskaper, forutsettes anvendelsen at det dreier seg om fødevarevirksomhet. Med visse unntak av selskapstyper som følge av deres EU-medlemskap og et par unntak med hensyn til sammenslutningsformer, er det svenske selskapsbegrepet tilnærmet identisk med norske regler. Men dansk lovgivning er fortsatt

nærmere svenske regler, ettersom loven angir ”selvstendig erhvervsvirksomhed”. Dansk selskapsbegrep er derfor omfattende og rammer det meste av svenske selskapstyper såfremt de driver med fødevarer. Norsk konkurskarantene er derfor forskjellig fra både dansk og svensk rett på dette punktet med sitt snevre selskapsbegrep.

Spørsmålet er om konkurskarantenen på tross av begrensningen til deltakerform likevel kan betraktes som næringsregulerende. Det svenske næringsforbudet er utvilsomt av næringsregulerende karakter, siden det retter seg mot generell næringsvirksomhet. Mens konkurskarantenen først og fremst rammer personer som har opptrådt uskikket i ansvarlige og begrensede selskaper. Danske regler er derimot spesiallovgivning som regulerer interne forhold ettersom den er begrenset til en bestemt type virksomhet og hvordan denne virksomheten skal drives. Norske lovforarbeider har tilføyd at det er opp til spesiallovgivningen å regulere interne forhold og må forstås som at konkurskarantenen ikke har til hensikt å regulere hvem som anses kvalifisert til å stifte eller drive ansvarsbegrensede selskaper.¹¹⁵ Men det er ikke til å komme utenom at regelen rammer hvem som kan sitte i ledelsesposisjoner slik at den likevel kan betraktes som næringsregulerende lovgivning.

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 50 (1980-81) s. 120

Forskjellige virkeområder har gitt 3 ulike varianter. Hittil likner de norske og svenske reglene, men det er for tidlig å utelukke dansk lovgivning.

6.1 Varighet

Konkurskarantenen ilegges for en varighet på 2 år, kkl. § 142 (3). Varigheten er absolutt, men kan til gjengjeld forlenges etter ønske fra påtalemyndighetene om det vurderes rettighetstap før rettskraftig dom foreligger. I utgangspunktet er det usikkert hvor lenge slik forlengelse kan foretas. Praksis eller lovforarbeider har ikke uttalt dette forholdet nærmere.

Det svenske næringsforbudet har en varighet på minimum 3 år og høyst ti år. Med andre ord er reaksjonen betraktelig strengere om loven benytter 10 år. Ut fra Ekobrottsrapport antydes det at lovens strengeste straff sjelden blir brukt.¹¹⁶ Det maksimale ilagt har vært 8 år. Retten må sannsynligvis foreta en avgrensning mot tilfeller der det ville vært mer hensiktsmessig å ilegge rettighetstap.

¹¹⁶ Rapport om näringsförbudsens efterlevnad (2004:2)

Dansk lovgivning har ved frakjennelse av næringsbrev noe midt i mellom. Varigheten av tapet på næringsbrev ligger på 1 år minimum til maksimalt 5 år.

Når en først er inne på varighet kan dette være en årsak til konkursskarantenens mangel på effektivitet. Karantenens varighet har lenge stått på stedet hvil, uansett hvor grovt forholdet måtte være. Det tidligere hinderet i form av automatisk inntreden som forårsaket fastsettelsen etter et forholdsmessighetssynspunkt, eksisterer ikke lengre. Varigheten bør derfor gjenspeile reaksjonens alvor og være et middel som gjenskaper den preventive effekten av lovgivningen uansett om reaksjonen er strafferettslig eller sivilrettslig.

6.2 Registrering

Ved ilagt konkursskarantene registreres konkursdebitor i Konkursregisteret og registeret er offentlig tilgjengelig, se kkl. § 144. En forutsetning for å kunne rette forespørsler er at du har organisasjonsnummer til bedriften eller fødselsnummer til personen slik at det ikke er ubetinget adgang.¹¹⁷

¹¹⁷ <http://www.brreg.no/registre/konkurs/konkurs.html>

Tilsvarende regel finnes i det svenske næringsforbudet etter NL 23 §, også opplysningene er offentlig informasjon¹¹⁸. Via Bolagsverkets hjemmeside¹¹⁹ kan man bestille liste over personer som er ilagt næringsforbud. Det stilles ikke krav til navn eller fødselsnummer, foruten prisen for utskrift av en slik liste. Selv om synspunktet at offentlig tilgjengelig register er infamerende for næringsutøveren synes å være like tilstedeværende i det svenske næringsforbudet. Dette trekker i retning av at personvern hensynet fravikes til fordel for hensynet til effektiv håndhevelse.

Danmark har også et offentlig tilgjengelig register, Næringsbasen, som inneholder en oversikt over hvem som har næringsbrev, se fnbl. § 2. Registeret gir således en oversikt over hvem som har eller ikke har næringsbrev, uten at det egentlig har noe håndhevelsessynspunkt med hensyn til frakjennelse av næringsbrev. Hensynet er heller i forhold til den enkelte forbrukers rett til å vite om virksomheten er godkjent eller ikke for å drive fødevarenæringsvirksomhet.

Videre eksisterer det også et internt register som også administreres av Erhvervs- og Selskapsstyrelsen i henhold til § 7. Der registreres det hvem som har fått frakjent sine næringsbrev og vesentlige overtredelser i næringsvirksomheten. Denne er til gjengjeld

¹¹⁸ Se også Aktiebolagslagen 25 kap. 48 §.

¹¹⁹ http://bolagsverket.se/produkter_tjanster/naringsforbudsregistret/

ikke offentlig tilgjengelig. Dette kan tale for at regelen ikke har et dominerende element av pønalitet, men heller er et utslag av reguleringsbehov.

Spørsmålet er om registreringen i Konkurskaranteneregisteret er infamerende nok til å kunne betegnes som et onde, når det i prinsippet ikke er ubetinget offentlig. Det svenske næringsforbudet opererer virkelig med et ubetinget offentlig register og tilgjengeligheten er upåklagelig. Mens dansk rett er i en særstilling, ettersom det finnes to registre. Ved manglende næringsbrev kan den juridiske eller fysiske personen ikke drive næringsvirksomhet og hvorvidt det er infamerende er kanskje ikke et riktig ord for å beskrive tilfellet.

6.3 Straff ved overtredelse av forbud

Ved forsettlig eller uaktsomt overtredelse av konkurskarantenen kan konkursdebitor straffes med bøter eller fengsel inntil 4 måneder, se § 143a. Videre har regelen en medvirkningsbestemmelse, slik at den omfatter også stråmenn. Her er det pønale aspektet fremtredende, samtidig som ”kan” også betyr at konkursdebitor ikke nødvendigvis risikerer det aller strengeste alternativet som er fengsel i 4 måneder.

Sverige har gjennom NL 25 § lovfestet at for overtredelse av næringsforbudet, midlertidig næringsforbud eller brudd på instruksjoner med hensyn til avviklingstiden eller dispensasjonen skal næringsutøveren idømmes fengsel maksimalt inntil 2 år om straffovertredelsen er grov, mens minimum er bøter eller fengsel i 6 måneder. Regelen er videre absolutt i formen, det skal sanksjoneres ved brudd på forbudet.

Videre fremgår det av 26 § at retten samtidig ved idømmelse av straff for overtredelse av næringsforbudet ”skall” forlenge rettsvirkningene av næringsforbudet inntil 5 år. Med mindre det foreligger særlige grunner som taler imot en slik forlengelse. Likevel kan flere forlengelser ikke medføre mer enn sammenlagt 5 år. Utover dette bør det vurderes rettighetstap.

Ved overtredelse av dansk frakjennelsesdom skal næringsbrevinnehaveren, fysisk så vel juridisk person, straffes med bøter. Om det foreligger skjerpende omstendigheter og gjentatte overtredelser fører det til at straffen kan overstige til fengsel inntil 4 måneder.

Overtredelse av det svenske næringsforbudet innebærer en konsekvens alvorligere enn konkurskarantenen. Sanksjonens laveste fengselsstraff er høyere enn det maksimale som kan ilegges for brudd på konkurskarantenen. Den preventive effekten og pønaliteten er derfor større. Den danske sanksjonen er på samme nivå med konkurskarantenen og det taler for at konkurskarantenen ikke er så alvorlig som reaksjon.

6.4 Rettskraft

Det fremgår av tvistelovens §§ 19-14 og 19-15 hva rettskraft innebærer. Av § 19-14 omtales den formelle siden av rettskraft som tidspunktet for når den materielle rettskraft inntreffer. For at dommen skal bli rettskraftig, må fristen for ordinære rettsmidler som anke, oppfriskningsfrist for fraværskjennelse og avvsningskjennelse være utløpt og ikke lengre kan angripes. Samtidig angir (2) midlertidig bortfall av rettskraftvirkninger ved benyttelse av ekstraordinære rettsmidler som gjenåpning, oppfriskning og anke med

hensyn til tvl. § 16-6.¹²⁰

Materiell rettskraft omtales i § 19-15 og innebærer at dommens innhold får virkning mellom partene, også overfor tredjemann som gjennom avtale med en av partene har tilegnet seg en rettighet. Dette er også kjent som rettskraftens subjektive grense.

Dessuten har den materielle rettskraften en positiv funksjon som omtales i (2) ved at dommens innhold legges til grunn prejudisielt ved en senere sak. Mens den materielle rettskraftens negative funksjon i (3) er en avsilingsfunksjon, retten skal avvise ny sak som fremmes hvis kravet allerede er prejudisielt avgjort og saken er av samme forhold. Her vil den rettskraftens objektive grense kunne belyse hvilke rettsforhold som allerede er avgjort og om forholdet ligner så mye på hverandre at det ikke er hensiktsmessig med enda en saksgang.

Konkurskarantenens materielle rettskraft inntre når kjennelsen er avsagt. Den formelle og materielle rettskraft er synkronisert i dette tilfellet, se kkl. § 143(3). Ved anke vil derimot den materielle rettskraften bortfalle inntil saken avgjøres. På den andre siden har retten adgang til å endre tidspunktet for når den materielle rettskraften kan inntre, spesielt i de tilfeller saken har drøyd i tid og det ellers ville vært lite hensiktsmessig å legge tidspunktet til konkursåpningen, jfr. § 142 (3). Enda et unntak fremgår av kkl. § 143 (2), 2. punktum der retten etter begjæring fra påtalemyndighetene kan forlenge

¹²⁰ Hov I (2007) s. 417 flg.

kjennelsens virkninger inntil rettskraftig dom i straffesak foreligger, forutsatt illeggelse av rettighetstap vurderes. I forhold til dette unntaket er det gode grunner for at påtalemyndigheten må begjære forlengelse i sammenheng med konkurskarantenen før kjennelsen er rettskraftig, slik at det ikke kommer i strid med tilbakevirkningsprinsippet i Grunnloven § 97.

Til gjengjeld har det svenske næringsforbudet ingen regel om umiddelbar rettskraft. Derimot fremgår det av NL 18 § at retten skal fastsette et begrenset tidsrom før næringsforbudet blir rettskraftig, forutsatt at perioden behøves for at næringsutøveren får tilstrekkelig tid til å avvikle sin næringsvirksomhet, avtaler, oppdrag etc. som strider imot forbudets innhold, jfr. NL 6-7 §§. En antitetisk tolkning betyr at avgjørelsen får umiddelbar virkning når det ikke foreligger behov for avvikling, se domstolsloven 31 §. Samme hovedregel gjelder for de tilfeller næringsinnehaveren ilegges midlertidig næringsforbud før spørsmål om illeggelse av næringsforbud avgjøres, se NL 10-11 §§. I likhet med beslutning om midlertidig næringsforbud vil også rettslige beslutninger om å oppheve eller endre et næringsforbud få umiddelbar rettskraft, se NL 16 §.

Heller ikke ut fra ut fra dansk fødevarenæringsbrevloven fremgår det direkte når

rettskraften inntreder. Ordlyden i § 11 stk. 3 taler for at den formelle rettskraften inntreder ved avsigelsen, jfr. frakjennelsens varighet regnes fra endelig dom. NOU 2001:32 uttalte utvalget at den danske retten ikke benytter seg av begrepet rettskraft eller har alminnelige bestemmelser om den materielle rettskraft, men kan fremkomme forutsetningsvis i lovgivningen.¹²¹ Selv om dansk rett ikke benytter seg av begrepet rettskraft taler det for at "bindende virkning" egentlig er det danske begrepet. Det finnes derfor rettskraftregler innen dansk rett, men spredt omkring i retsplejeloven eller forutsettes implisitt, se for eksempel Retsplejeloven¹²² § 254 f.¹²³

Avgjørelse om midlertidig inndragelse foretatt av Fødevarestyrelsen antas å være gyldig fra og med vedtaket treffes, se fnbl. § 11a. Dette er basert på det faktum at Fødevarestyrelsen er et forvaltningsorgan.¹²⁴

6.5 Anke

Ankeadgangen fremgår av kkl. § 143 (2), 2. punktum: "*Anke kan gis oppsettende virkning av den rett som har fått sin kjennelse anket, eller av ankedomstolen*".

¹²¹ Se punkt 14.3.2

¹²² Bekendtgørelse af lov om rettens pleje [retsplejeloven]

¹²³ Se for øvrig NOU 2001: 32 Rett på sak punkt 14.3.2 Sverige og Danmark.

¹²⁴ <http://www.foedevarestyrelsen.dk/OmFoedevarestyrelsen/Forside.htm>

Antakeligvis vil ankereglene følge sivilprosessreglene i tvisteloven kap. 29 og 30.

Ankeinstansene er lagmannsrett og Høyesterett.

Liknende regler befinner seg ikke i Lag om näringsförbud, men Næringsforbudsloven henviser til enten Rättegångsbalken eller Lag om domstolsärenden¹²⁵ alt ettersom saken føres som del av straffesak eller annen domstolsærende. Ved ileggelse av næringsforbud i sammenheng med straffesak gjelder straffeprosessreglene så langt det passer, se NL 8 §. Mens ileggelse etter lovens 1a og 2 §§ som utgangspunkt skjer etter domstolslovens prosessregler, se NL8 a§. Et spesialtilfelle er lovens 2a § som angir at Rättegångsbalkens spesialprosessregler kommer til anvendelse, forutsatt Konkurrensverket har reist tiltale. Hvis ikke gjelder domstolslovens regler 36-41 §§, se NL 8b §.

Ankeinstansen for de andre tilfellene er Hovrätten, mens 2a§ angir Marknadsdomstolen som ankeinstans, se 8 c § stk. 3.

I forhold til midlertidig næringsforbud derimot vil hvorvidt anken får oppsettende virkning være opp til ankeinstansen å avgjøre, se NL 12 §, stk. 2.

¹²⁵ Lag om domstolsärenden 36-41 §§

Dansk fødevarebrevlovgivning har ingen eksplisitte regler vedrørende den materielle rettskraftens objektive side, se retsplejeloven § 368 stk.4. Ankeadgangen er videre begrenset ettersom det ikke gis ankemuligheter etter 2. instans, landsret, se § 371. Unntaket er hvis Procesbevillingsnævnet, finner saken er av prinsipiell karakter. Hvis forståelsen er korrekt, betyr det at "nævnet" er det samme som Kjæremålsutvalget og den har også en avsilingsfunksjon. Likevel fremgår det ikke av retsplejeloven § 399 eller tidligere nevnte paragrafer hvorvidt saksforholdet som ankes, ikke kan være av samme forhold allerede avklart i underretten. Med andre ord virker det ikke som det foreligger prejudisielle begrensninger, utenom vilkårene for gjenopptagelse og anke: *"... 1) det må anses for overvejende sandsynligt, at sagen uden ansøgerens fejl har været urigtigt oplyst, og at sagen efter en genoptagelse vil få et væsentlig forskelligt resultat, 2) det må anses for givet, at ansøgeren kun ad denne vej vil kunne undgå eller oprette et for ham indgribende tab, og 3) omstændighederne i øvrigt i høj grad taler for genoptagelse."*

Ved beslutning om midlertidig utelukkelse av den juridiske person eller fysiske person fra å utøve næringsvirksomhet, bestemmer retten hvorvidt anken av beslutningen får oppsettende virkning, se fnbl. § 11, stk. 4. Klage om avslag på næringsbrev rettes mot Erhvervsankenævnet, se fnbl. § 11 b, stk. 2. Dette fremhever den forvaltningsmessige delen av reaksjonen.

6.6 Omgjøring

Konkurskarantenen gir adgang for "helt eller delvis omgjøring", forutsatt det foreligger "nye opplysninger", se Kkl. § 143 (4).

Liknende regler for omgjøring finnes i svensk lov om næringsforbud 17§: *" Ett lagakraftvunnet beslut om näringsförbud får upphävas på ansökan av den som förbudet avser, om det senare kommer fram att han eller hon inte hade grovt åsidosatt sina åligganden i näringsverksamhet."* . Vilåret er noe vagt, men det legges til grunn "opplysninger" samt frifinnelse av det underliggende straffbare forholdet, slik som i

konkurskarantenen.

Innen dansk rett omtales ikke forholdet til omgjøring ved nye opplysninger, men det antas at Retsplejeloven § 977 med samme oppbygning som norsk og svensk rett kommer til anvendelse.

6.7 Bortfall og opphevelse

Konkurskarantenens regler for bortfall finnes i kkl. § 143 (5): ” *Virkningene av kjennelsen faller bort dersom boet etter at konkurs er åpnet blir tilbakelevert til skyldneren i medhold av § 136, eller dersom skyldneren oppnår tvangsakkord.*”

Samme regel eksisterer i det svenske næringsforbudets 16 §, stk 2: ”*Upphävar rätten det konkursbeslut som utgjorts förutsättning för ett näringsförbud enligt 2 §, skall näringsförbudet samtidig upphävas.*”. På den andre siden har næringsforbudet lovfestet omstendigheten der næringsutøveren frikjennes for de underliggende straffbare forhold som i sin tid begrunnet næringsforbudet. Resultatet blir at næringsforbudet oppheves jfr. ”... *fått näringsförbud grundat 1 § frikänns från ansvar för brottsligheten, skall näringsförbudet samtidig upphävas.*”. Om frikjennelsen er delvis eller det straffbare forholdet kommer inn under en mildere strafferamme enn antatt, kan retten prøve om næringsforbudet fortsatt skal gjelde og eventuelt foreta en justering av næringsforbudets varighet jfr. ”... *Avser frikännandet endast en viss del av brottsligheten eller hänförs denne under mildare straffbestämmelser, skall rätten pröva om och under vilken tid förbudet fortfarande skall gälla*”.

Dansk næringsbrevlovgivning har lovfestede betingelser for når bortfall av næringsbrev kan inntre, se fnbl. § 10: ”*Retten til at udøve virksomhed i henhold til denne lov bortfalder, hvis 1) næringsbrevindehaveren dør, jf. dog stk. 2, 2) næringsbrevindehaveren ikke længere opfylder betingelserne i § 4, stk. 2, jf. dog § 10, stk. 3, eller 3) næringsbrevindehaveren ikke betaler den i henhold til § 6, stk. 2, fastsatte årlige*

betaling, jf. dog stk. 4... ”.

Omstendigheten opphevelse av frakjennelsen uttaler ikke loven noe om, men gode grunner taler for at retsplejeloven § 977 også gjelder her: *”På begæring af en domfældt kan genoptagelse af en ved Højesteret eller ved en landsret pådømt sag finde sted: 1) når nye oplysninger tilvejebringes, og det skønnes antageligt, at disse, om de havde foreligget under sagen, kunne have bevirket frifindelse eller anvendelse af en væsentlig mildere straffebestemmelse; 2) når noget sådant forhold oplyses som ommeldt i § 976, stk. 1, nr. 2, og det skønnes antageligt, at sådant kan have bevirket eller medvirket til domfældelsen; 3) når der i øvrigt foreligger særlige omstændigheder, der gør det overvejende sandsynligt, at de foreliggende bevisligheder ikke har været rigtigt bedømt. Stk. 2. Bestemmelserne i § 906, stk. 2 og 3, 1. pkt., finder her tilsvarende anvendelse. Stk. 3. Kommer omstændigheder, som antages at give tiltalte eller andre på hans vegne føje til at andrage på sagens genoptagelse, til rettens eller anklagemyndighedens kundskab, bør de derom underrette vedkommende.”.*

Det kan samtidig spørres hvorvidt formålet om å ramme konkursgjengangere begrenser virkningen av reglene sett i forhold til innstilte dårlig bemidlede-og såkalte nullboer¹²⁶. Dette har tidligere vært et problem med hensyn til omgåelse, der innstilte boer

¹²⁶ Konkursloven §§ 128 og 135

innebærer at konkursdebitor slipper unna karantenevirkningen. Schonhowd hevder bastant at ordlyden ikke åpner for begrenset rekkevidde i forhold andre former avsluttede boer og at karantenevirkningen gjelder fullt ut for slike tilfeller også, ettersom kkl. § 145 gir adgang for bortfall av karantenevirkninger kun for innstilte boer etter § 136 eller tvangsakkord.¹²⁷ Dette samsvarer med formålet og lovgiverviljen bak konkursskaranteneinstituttet, fremhevet i Ot. prp. nr. 50 (1980-81) s. 52: *”Man legger til grunn at det er bred enighet om hovedsiktemålet med karantenereglene, nemlig å stoppe konkursgjengangere.”*.

6.8 Midlertidig næringsforbud og frakjennelse av næringsbrev

Det svenske næringsforbudet gir partene adgang til å begjære midlertidig næringsforbud inntil endelig avgjørelse om næringsforbud foreligger, se NL 10 §. Et midlertidig næringsforbud er en avgjørelse som er rettskraftig umiddelbart etter avsigelse. Dette rettsmiddelet kan benyttes såfremt det foreligger åpenbare grunner til å reagere hurtig og stanse næringsvirksomheten før næringsutøveren kan utøve ytterligere skader.

Regelen tilsvarer rådighetsforbudet i kkl. § 75 som er en midlertidig forføyning over debtors eiendeler, forutsatt konkursbegjæring har kommet inn til retten. Formålet med rådighetsforbudet er å forhindre debtors adgang til å unndra midler fra kreditorene og

¹²⁷ Schonhowd (2003) s. 85

vanskeliggjøre bobehandlingen, men bare ” *dersom det finnes sannsynlig at skyldneren ellers ville forføye over eiendelene til skade for fordringshaverne*”.

Hvem som kan anmode om rådighetsforbudet er i likhet med næringsforbudet som utgangspunkt en av kreditorene (jfr. Bofelleskapet) eller etter rettens eget initiativ. Partsinteressen avgjør hvorvidt slik adgang kan benyttes. De norske reglene likner sånn sett veldig på midlertidig næringsforbud og vektlegger de samme hensynene. Til gjengjeld har ikke konkurskarantenen tilsvarende regel som kan benyttes før ileggelse av konkurskarantene, foruten nevnte rådighetsforbudet i sammenheng med konkurs.

Interessene bak det midlertidige næringsforbudet er også ulike med hensyn til hvem som begjærer slike tiltak. Om det er påtalemyndigheten vil reglene derfor i stor grad samsvare med hensynet til etterforskningen, slik som ved konkurskarantenereglene. Mens begjæring fra Konkurrentverket og Kronofogdmyndigheten ikke er av hensyn til videre etterforskning, men heller det å forhindre ytterligere uforsvarlige handlinger som påvirker virksomheten og berørte parter.

Innen dansk næringsbrevlovgivning finnes en variant av svensk midlertidig næringsforbud, nemlig midlertidig inndragelse av næringsbrev som kan igangsettes før endelig avgjørelse om frakjennelse foreligger hos retten, se fnbl. § 11 a. Vilkårene som stilles før slik forføyning kan skje er ”*overhængende risiko for fødevarer sikkerheden at lade næringsbrevsindehaveren fortsætte sin virksomhed*” eller hvis næringsbrevinnehaverens gjennom grove og gjentatte overtredelser vesentlig har overtrådt gjeldende lovgivning slik at det foreligger overhængende risiko for at virksomheten ikke blir drevet i overensstemmelse med gjeldende lovgivning.

Videre kan også Fødevarestyrelsen velge å utelukke næringsbrevinnehaveren fra å være stifter eller direktør eller medlem i ledelsen av et selskap med begrenset ansvar, se stk. 2. Tross likheten med det svenske alternativet, tilligger ikke kompetansen hos retten, men hos Fødevarestyrelsen, altså et forvaltningsorgan underlagt departementet for mat, landbruk og fiskeri.

Inndragelse etter fnbl. § 11a betyr i praksis et forvaltningsvedtak, i motsetning til midlertidig næringsforbud som er en rettslig beslutning. Likevel fremgår det av fnbl. §

11, stk. 4 at retten har kompetansen til å avsi kjennelse som utelukker næringsbrevinnehaveren eller selskapet fra å utøve virksomhet, inntil endelig dom foreligger, slik at denne er nærmere den svenske reaksjonen.

Til sammenligning har konkursskarantenen et middel som kan benyttes først i ettertid. Påtalemyndighetene gis adgang etter kkl. § 143 (2), 2. punktum til å begjære virkningene av kjennelsen forlenges inntil rettskraftig dom i straffesaken foreligger, forutsatt at det vurderes rettighetstap. Hvis dette sees i forhold til det midlertidige næringsforbudet er ikke den preventive effekten like fremtredende fordi den først igangsettes i ettertid. Men gjennom den preventive effekten kan påtalemyndighetene fortsatt forhindre debitor fra å forkludre etterforskningen som fortsatt pågår mot ham.

7 Straff eller ikke straff

Dette kapittelet er del 2 og vurderer hvorvidt de ulike reaksjonene kan betegnes som straff eller ei ut fra reaksjonens art. Problemstillingen betraktes som den materielle siden av rettssikkerhetsprinsippet.

Norsk rett betegner rettighetstap etter straffeloven § 29 som straff. Av strl. §15 oppstilling av ”alminnelige straffer”, altså straffsanksjoner¹²⁸, er rettighetstap også oppført. Ut fra ordlyden og sanksjonens art som straff, er rettighetstap en administrativ reaksjon som bare kan ilegges av retten.

Videre er rettighetstapet en fakultativ sanksjon. Selv om saksøkte har begått en straffbar handling¹²⁹, om det måtte være forseelser eller forbrytelse, er det opp til rettens skjønnsutøvelse å avgjøre hvorvidt handlingen bør sanksjoneres. Skjønnsutøvelsen består av en vurdering om hvorvidt forholdene bærer preg av uskikkethet enten gjennom misbruk av stilling, virksomhet eller aktivitet. Rettighetstapet som middel er derfor ganske fleksibelt. Retten har nemlig adgang til å ilegge alternative rettsvirkninger. Resultatet kan bli at han fratas eksisterende stilling, fremtidig ervervelse av slik stilling eller type virksomhet eller aktivitet. Dette er såkalt ”totalt” rettighetstap og ”utvidet” rettighetstap, se (1) litra a og b. Men retten har videre mulighet til å ilegge ”partielt” rettighetstap¹³⁰ etter (2): *”Rettighetstapet kan begrenses til forbud mot å utøve visse funksjoner som ligger til stillingen eller virksomheten, eller til påbud om å utøve*

¹²⁸ NOU 2003:15 punkt 9.4 definerte ordet ”sanksjon” som en negativ reaksjon som kan ilegges av offentlig myndighet når hjemmelskravet er oppfylt. Sanksjon i denne betydning retter seg derfor mot lovovertridelser i vid forstand uansett om de tar form som forbrytelser eller forseelser. Reaksjonen har et dominerende pønalt formål.

¹²⁹ Straffeloven §§ 2 jfr. 4

¹³⁰ Jeg har brukt begrepene ”totalt”, ”utvidet” og ”partielt” rettighetstap i denne oppgaven for enkelthets skyld om det skulle være i strid med juridisk teori eller annen allmenn begrepsbruk.

virksomheten eller aktiviteten på bestemte vilkår.”. Det er slik å forstå at rettighetstap ikke bare gjelder egen virksomhet, men et yrkesforbud, både formelt og reelt sett, se (3): ” *Den som er fratatt retten til å utøve en virksomhet, kan heller ikke forestå slik virksomhet for andre eller la andre forestå slik virksomhet for seg.*”. Samtidig som det foreligger et unntak til anvendelse ved straffutmålingen: ”... *kan bare ilegges som eneste straff hvis det ikke er fastsatt en minstestraff på fengsel i 1 år eller mer for handlingen.*”. Siste ledd understreker rettighetstap som straffereaksjon ettersom det kan idømmes istedenfor annen straff. Men det kan også være et supplement for andre straffereaksjoner som bøter eller fengsel.

7.1 Konkurskarantene som administrativt rettighetstap

Ifølge lovforarbeidene var den automatiske karantenen i aksjeloven av 1976 § 13-20 basert på rettighetstapet etter strl. § 29.¹³¹ Lovgiver var imot en endring som medførte opphevelse av konkurskarantene med følgende konsekvens at kun straffelovens rettighetstap gjensto. Foranledningen til motviljen var at rettighetstapet sjelden ble benyttet. Til tross for begrunnelsen, fastholdt lovgiver at strl. § 29 ikke var overflødig, og det samme med konkurskarantene. Dette ble begrunnet ut fra behovet for preventive midler fortsatt er tilstedeværende og konkurskarantene er ment å bøte på dette. Siden

¹³¹ Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 52, nest siste avsnitt

rettighetstapet sjeldent ble brukt hadde det derfor ikke sterk nok preventiv effekt som ønsket. Lovgiver hadde heller ingen intensjoner med å effektivisere rettighetstapet, slik at regelen likevel forbeholdes tilfeller som krevde sterkere tiltak enn konkurskarantene som reaksjon kan påføre. På det viset kan en betrakte rettighetstapet som en sikkerhetsventil for retten når konkurskarantene ikke er tilstrekkelig eller saken er utenfor konkurskarantenens virkeområde.

Med opphavet i mente er virkningene av konkurskarantenen derfor noenlunde lik rettighetstapet. Konkurskarantenen kan nemlig også inndeles i to alternative rettsfølger, herunder den ”obligatoriske” i kkl. § 142 (3) som tilsvarende den ”utvidede” virkningen av rettighetstapet: *”Konkurskarantenen innebærer at skyldneren i et tidsrom av to år regnet fra konkursåpningen ikke kan stifte selskap som nevnt i femte ledd eller påta seg eller reelt utøve nye verv som medlem eller varamedlem av styret eller som daglig leder (administrerende direktør) i slikt selskap. Retten kan bestemme at to års fristen først skal regnes fra det tidspunkt da retten treffer sin avgjørelse”*. Og den ”utvidede”¹³² karantenen i kkl § 142 (4) som tilsvarende ”total” rettighetstap: *”I tilfelle som nevnt i første ledd punkt 1 kan retten bestemme at konkurskarantenen også skal innebære at skyldneren for det nevnte tidsrom skal fjernes fra verv som nevnt i tredje ledd i selskaper som nevnt i femte ledd.”* Hovedregelen som går under den ”obligatoriske” rettsvirkningen er at karantenen ikke får innvirkning på verv vedkommende allerede

¹³² Schonhowd har kalt dette for den ”valgfrie” rettsvirkningen i sin bok.

hadde ved konkursåpningen. Dette er en speilvending av hovedrettsfølgene ved rettighetstap, noe som taler for at konkursskarantenen er en mildere reaksjon.

Når hovedregelen benyttes får imidlertid karantenen ikke bare virkning for verv skyldneren påtar seg etter at karantene er ilagt, men også for verv skyldneren har påtatt seg etter konkursåpningen og før karantene ble ilagt. En konsekvens av karantenen er at skyldneren må fjernes fra slike verv og dermed i realiteten ilegges utvidet karantene. Samtidig som det må spørres om dette er intensjonen med lovens system, noe som er tvilsomt tatt i betraktning at slike tilfeller behandles etter (4): *"I tilfelle som nevnt i første ledd punkt 1 kan retten bestemme at konkursskarantenen også skal innebære at skyldneren for det nevnte tidsrom skal fjernes fra verv som nevnt i tredje ledd i selskaper som nevnt i femte ledd."* Schonhowd har på sin side fremhevet at (4)-tilfellene kan ilegges med partielle virkninger, så fremt grunner taler for det.¹³³ Med andre ord er rettsfølgen som kan tolkes ut fra ordlyden egentlig formildnet i praksis.

Hvilken virkning karantenen kan få for gyldigheten av avtaler som inngått i denne perioden overfor tredjemenn, er fortsatt uavklart i rettspraksis.

Den store hovedforskjellen mellom konkursskarantene og rettighetstap kan kort oppsummeres med at førstnevnte innebærer et generelt forbud mot å påta seg verv og stifte selskaper med ansvarsbegrensning de kommende 2 år. Rettighetstapet derimot

¹³³ Schonhowd (2003) s. 74

berører konkrete verv eller stillinger og det kan virke mindre inngripende enn et generelt forbud innen for en deltakerform. Forbudet mot å utøve næringsvirksomhet i konkrete stillinger innebærer likevel et yrkesforbud som strekker fra inntil 5 år til for alltid.¹³⁴ Like fullt er konkurskarantenen en inngripende reaksjon. Inntil 5 år kan være alt fra under ett år til 5 år, så ved de lavere tilfeller vil konkurskarantenens alvor kunne være mer inngripende siden den uansett er konstant 2 år. I de tilfeller rettighetstapet ilegges ”for alltid”, er karantenens alvor til gjengjeld heller av midlertidig karakter og ikke fullt så inngripende. På den andre siden er rettighetstapets varighet ikke absolutt, siden saksøkte har mulighet til å få prøvet illeggelsen på ny, 3 år etter rettskraftig dom og hvert 3. år etter det.

Ut fra disse grovt skisserte forskjellene og likhetene, oppstår spørsmålet hvorvidt de materielle forskjellene er nok til å skille disse to fra hverandre. Det er ikke til å komme unna at likheten mellom disse reaksjonene kan resultere i at konkurskarantene blir en del av vurderingen for hvorvidt rettighetstap bør ilegges. I Rt. 1996 s.905 ble nemlig påstand om rettighetstap ikke tatt til følge ettersom tiltalte allerede hadde måttet tåle konkurskarantene.¹³⁵ Noe som kan tolkes som at rettighetstap som strengere middel

¹³⁴ Straffeloven § 33a

¹³⁵ En oppfatning som praksis deler. Advokat Blauw Evensen uttalte at det sjelden ilegges konkurskarantene når vedkommende allerede har fått ilagt rettighetstap særlig i de tilfeller det har gått for lang tid siden konkursåpning. Årsaken kan være at konkurskarantenens preventive effekt reduseres jo lenger tid det går fra konkursåpningstidspunktet.

gjør at konkurskarantene kan komme i "fradrag" slik at tiltalte slipper rettighetstap. Likevel idømmes rettighetstap ofte som eneste straff, hvorav konkurskarantenen heller er supplerende i forhold til annen straff.

7.2 Konkurskarantene som reaksjon etter EMK

Ut fra forarbeidene forstås konkurskarantene som et alternativ til rettighetstapet. For å kunne være et alternativ må det innebære annet enn straff. Ifølge Rt. 2003 s. 1221 i avsnitt 30 har rettens uttalelse ytterligere nyansert reaksjonens art som samsvarer med antakelsen: *"Konkurskarantene regnes ikke som straff, tvert imot fremheves at konkurskarantenen og straffereaksjoner utfyller hverandre."* På tross av det er utsagnet noe uklart hvordan reglene utfyller hverandre. I en eldre dom, Rt. 1996 s. 905 valgte retten å avvise påstanden om rettighetstap etter strl. 29 nr. 2 fordi det ble lagt avgjørende vekt på at styreformannen i aksjeselskapet allerede har hatt to års konkurskarantene. Avgjørelsen kan tolkes som at konkurskarantenen ble ilagt som et surrogat for rettighetstapet eller bruk av konkurskarantene reduserer straffenivået, og på den måten "utfyller" straffereaksjonene.

Videre har retten i Rt. 2003 s. 409 avsnitt 31 trukket frem EMDs rettspraksis og uten forklaring lagt til grunn konkurskarantene er en sivilrettslig reaksjon: *"Høyesterett tar ikke stilling til spørsmålet om illeggelse av konkurskarantene skal bedømmes som « criminal charge » i relasjon til artikkel 6 nr. 1. Avgjørelsen om å ilegge A konkurskarantene må i det minste anses å fastlegge « civil rights and obligations », jf. EMDs dom 16. juli 2002 i saken Davies mot UK i sak 42007/98 (EMD-1998-42007), avsnitt 25."* For å kunne forstå hvorfor retten uten videre har tatt til seg EMDs avgjørelse må vi innom Storbritannias "The Company Directors Disqualification Act 1986". Det fremgår av CDDAs seksjon 6 retten skal ilegge karantene ("disqualification order") når vilkårene for uskikkethet oppfylles. Når slik karantene ilegges, rettes reaksjonen mot den som har vært direktør i et selskap som er eller har blitt insolvent innen de siste 2 årene og hans forretningsførsel levner tvil om videre skikkethet til å involvere i ledelse av andre selskaper. Rettsfølgen er at han eller hun ikke kan påta seg verv som direktør, fullmektig eller generelt involvere seg i ledelsen av selskaper, i

minimum 2 år og maksimalt 15 år. Personkretsen er altså omtrent samme som ved konkurskarantene.

CDDA legger også til grunn reelle forhold, slik at stråmenn også omfattes av loven, se del 2 punkt 3C: "... *"director" includes a shadow director.*". Vurderingen for "disqualification order" ligger tett opp til konkurskarantenen fordi den dreier seg om en reaksjon på forretningsførselen ("conduct as director") som gjør ham uskikket. Imens taler reaksjonens varighet for at den ligger nærmere det svenske næringsforbudet. Men alene er det nok ikke holdbart, siden CDDA på dette punktet inntreffer først og fremst ved konkurs og konkretisert insolvens i selskapene, gjerne i sammenheng med likvidering av et selskap. Dette til forskjell fra næringsforbudets virkeområde som spenner fra beslutninger og avgjørelser i næringsvirksomhet, uten at det nødvendigvis har gått konkurs eller er insolvent.

Likeledes kan vurderingen skje i sammenheng med straffesak etter CDDA seksjon 2, i likhet med straffalternativet i konkurskarantenen. Det virker som om adgangen til å begjære karantene ligger hos statssekretæren etter seksjon 7 (2) som forutsetter at allmenne hensyn foreligger for at påtalemyndighetene kan reise tiltale. På bakgrunn av disse hovedtrekkene taler det for at konkurskarantenen som reaksjon har en juridisk tvilling i CDDA. Så når EMD har fastlagt at CDDA er av sivilrettslig karakter, er overføringsverdien stor.

I avsnitt 25 i EMD-saken Davies mot Storbritannia som også omhandlet illeggelse av karantene, var partene enige om at CDDA utvilsomt er en sivilrettslig reaksjon: *“As regards the applicability of Article 6 § 1, it was not disputed between the parties that the proceedings under the CDDA determined “civil rights and obligations” and the Court is of the same opinion...”*

I D.C, H. S og A. D mot Storbritannia¹³⁶ var saksforholdets kjerne avskjæring av bevisførsel fra en tredjepart, nemlig ligningsmyndighetene. Under skattelovgivningen forelå det opplysningsplikt om de økonomiske forholdene i selskapet, og at uriktige opplysninger kunne medføre straffeforfølgning samt tilleggskatt. Saksøkers påstand var at opplysningenes art og opplysningsplikten til forvaltningsorganet medførte brudd på selvinkrimineringsprinsippet. Imens er den subsidiære anførselen mest interessant. Saksøkerne anførte nemlig videre at det straffeprosessuelle lovverket ivaretok rettsgarantiene bedre enn etter sivilprosessen med hensyn til blant annet bevisførsel og, og derfor var lovens system diskriminerende. Men partene fikk ikke medhold på noen punkter, siden CDDA ikke var strafferettslig reaksjon å regne, både etter landets og EMDs praksis. Det forelå heller ikke et behov for å utvide virkeområdet for straffeprosessuelle prinsipper. Avgjørelsen samsvarer med norsk rettstilstand hvor det heller ikke er aktuelt å avgjøre konkurskarantene etter straffeprosessens former.

¹³⁶ Gyldendal rettsdata.

Det oppstår et spørsmål om hvorvidt konkurskarantene bør betegnes som dispositiv eller indispositiv, noe som er avgjørende for hvilke rettigheter og plikter partene får etter den nye Tvisteloven. Hovedregelen er at partene har fri rådighet ved utførelse av prosesshandlinger¹³⁷ og partenes prosesshandlinger og påstandsgrunnlag binder retten¹³⁸, jfr. Tvisteloven¹³⁹. På den andre siden kan en sak likevel regnes som indispositiv hvis ”... *hvor offentlige hensyn begrenser partenes rådighet i søksmålet...*”, jfr. tvl. § 11-4. Det legges til grunn at offentlige hensyn er samme som allmenne hensyn, og dette utgjør kun en forskjell i begrepsbruk. Er det da naturlig å tilregne konkurskarantene som et slikt rettsforhold hvor offentlige hensyn taler for at prosessrådigheten underlegges begrensninger? Konkurskarantenens formål er forankret i både private og allmenne hensyn, altså kreditorvern og samfunnets vern mot konkursrytteri. Dét og faktum at konkursdebitor ikke har eller bør ha mulighet til å inngå forlik, eller avtale seg ut av en kjennelse om konkurskarantene tilsier at ileggelse av konkurskarantene bør regnes som indispositiv. Motsatt ville det vært støtende for allmennheten om konkursdebitor kunne avtale seg ut en karantene, og lovens formål forblir kun på papiret. Saken hører derfor naturlig inn under allmennprosess og det bør

¹³⁷ Disposisjonsprinsippet

¹³⁸ Hov III (2007) s. 264

¹³⁹ TvI. § 11-2

derfor være påkrevd med en forsvarlig saksbehandling som allmennprosessen kan tilby fordi det gis en grundigere vurdering og kan derfor ivareta rettssikkerheten til konkursdebitor best, se tvl. § 10-1 (3) litra c og d jfr. kap.9.

Konkurskarantene som reaksjon er ikke ment å påføre et onde slik som ved straff.

På den andre siden har forarbeidene, særlig Ot. prp. nr. 50 (1980-81) s. 50 beskrevet at formålet med konkurskarantene er å ”stoppe” konkursgjengangere. Det å ”stoppe” noen kan tolkes som håndhevelse og underbygge preget av pønalitet. Likevel kan ”stoppe” også bety å hindre, forarbeidene kommer derfor til kort. Rt. 2003 s. 1221 avsnitt 50 uttalt at det bærende formål er: *”... et ikke-pønalt behov for beskyttelse i tilfeller konkursen har sammenheng med straffbar eller uforsvarlig forretningsførsel.”*. I avsnitt 52 uttalte retten at konkurskarantenens formål er å regulere næringsutøvelse på et begrenset felt, nemlig det å stifte og lede aksjeselskaper. En tolkning med dette utgangspunktet er noe kronglete med hensyn til forarbeidenes formål som er å stoppe konkursgjengangere. Med andre ord klassifiserer retten konkurskarantene som et forvaltningsmessig tiltak med reguleringsformål med den hovedbegrunnelsen å beskytte andre. At en sanksjon har allmennpreventiv virkning, noe som også gjelder erstatning og oppreisning, gir ikke uten videre grunnlag for å si at den faller innunder straffebegrepet, jf. Rt. 2002 s. 1007.

Retten uttalte også at kkl. § 142 oppbygning må betraktes som en enhet, hvorav alternativet straffbare handlinger er et ”spesialutslag” av det generelle egnethetskriteriet i alternativet uforsvarlig forretningsførsel. Likevel fremgår det ikke av dommen en begrunnelse for tolkningen, for det kunne like gjerne vært alternativ 2 som er et spesialutslag av alternativ 1.

Imidlertid ved utvidet konkurskarantene etter kkl. § 142 (4), og konkursdebitor fratras sine eksisterende verv kan han føle et sterkere innslag av pønalitet: *”I tilfelle som nevnt i første ledd punkt 1 kan retten bestemme at konkurskarantenen også skal innebære at skyldneren for det nevnte tidsrom skal fjernes fra verv som nevnt i tredje ledd i selskaper som nevnt i femte ledd.”*. I praksis er rettsfølgen mindre benyttet fordi virkningen oppfattes strengere, og den er mer lik straffereaksjoner.

Det søkes hen til den autonome tolkningen av "straff" fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) jfr. "Criminal" etter menneskerettskonvensjonens art. 6. EMD har på grunn av den vide tolkningen av begrepet fastlagt at administrative sanksjoner i visse tilfeller betraktes som "straff" i konvensjonens forstand. I EMD-saken Engel mot Nederland i avsnitt 82-83 fremlegges kriterier som benyttes i vurderingen av "criminal": *"...how it will determine whether a given "charge" vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as "criminal" within the meaning of Article 6 (art. 6). In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very nature of the offence is a factor of greater import...Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental.*

The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so (see, mutatis mutandis, the De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 36, last sub-paragraph, and p. 42 in fine).”. Ut fra dette avsnittet overføres de nevnte kriterier til konkurskarantenen, og det vurderes hvorvidt konkurskarantene som reaksjon er å betrakte som ”straff”. I utgangspunktet er kriteriene alternative, det vil si at oppfyllelse av ett av dem betyr at sanksjonen må betraktes som straff.¹⁴⁰ EMD har imidlertid modifisert standpunktet ved å legge til grunn en sanksjon kan likevel være ”straff” etter en kumulativ bedømmelse av kriteriene. Dette skjer ved en utvidelse av subsumsjonen, spesielt ved vurderingen av bestemmelsens karakter og formål samt reaksjonens karakter, kan være vanskelig å fastlegge og er isolert sett ikke tilstrekkelig strafferettslig. Men momentene kan samlet sett innebære tilstrekkelig pønalitet til å oppfattes som straff. Konkurskarantene er et godt eksempel på et slikt fenomen. Etter intern rett er ikke konkurskarantene å betrakte som straff, men den regnes som av sivilrettslig karakter¹⁴¹, jfr. nasjonal klassifikasjonskriteriet *”whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently”*. Konkurskarantenen sett under ett er en reaksjon som EMD i

¹⁴⁰ Hov I (2007) s. 63 flg.

¹⁴¹ Rt 2003 1221 avsnitt 52

samme sak, avsnitt 80, har kalt for “a mixed offence” som har både elementer av straff og regulering. I tillegg til å være et supplement for andre straffreaksjoner,” *where there thus exists a possibility of opting between, or even cumulating, criminal proceedings and disciplinary proceedings.*”. Dette momentet er ikke av stor vekt, ettersom EMDs tolkning kan føre til andre resultater, jfr. ”starting point”. Konkurskarantenen ilegges etter to alternative vilkår, hvorav etter alternativ 1 som ilegges på bakgrunn av mulig underliggende straffbare forhold, dens ”nature offence”, er av tilsynelatende pønal karakter. Men for at konkurskarantene regnes som straff, bør formen være tilnærmet oppbygningen av en straffebestemmelse. Dette betyr at det kreves en bestemmelse med gjerningsbeskrivelse bestående av både objektive og subjektive vilkår. Utgangspunktet for illeggelse av konkurskarantene etter ”skjellig grunn til mistanke” kan ikke sies å konstatere culpa eller uaktsomhet. Dette taler for at konkurskarantene som reaksjon ikke konstaterer skyld som er en subjektiv side ved straffebestemmelser. Det faktum at påtalemyndighetene ikke kan prejudisielt legge konkurskarantenen til grunn for at de subjektive og objektive vilkårene oppfyller gjerningsbeskrivelsen taler også imot en strafferettslig reaksjon. Den kan heller ikke ilegges etter straffeprosessen. Til slutt vil en straffebestemmelse kunne ramme hele befolkningen, hvorav konkurskarantene i utgangspunktet kun rammer konkursgjengangere. Dette er en betydelig innskrenkning som trekker i retningen av at konkurskarantene etter alternativ 1 ikke er straff.

Risikoen for utvidet karantene etter første alternativ medvirker også til å understreke konkurskarantenens "degree of severity of the penalty". Likevel er ikke reaksjonen så alvorlig når den ikke innebærer et generelt næringsforbud slik som etter den svenske varianten. Til gjengjeld kan det stille seg annerledes med hensyn til alvorlighetsgraden om vedkommende er profesjonelt styremedlem og han rammes av et yrkesforbud i 2 år. Kan konkurskarantenen i et slikt tilfelle sees som "criminal"? Retten i Rt. 2003 s. 1221 uttalte at CDDA som også rammet eksisterende verv, også hadde lengre varighet, likevel ikke var "straff" etter EMD.¹⁴² Konklusjonen var at utvidelse av konkurskarantenens rettsfølger ikke kunne betraktes som straff.

Når konkursdebitor ilegges karantene etter en uskikkethetsvurdering betraktes det ikke som en pønalt sanksjon, men heller en reaksjon på uegnethet. Den pønale koblingen er ikke like tydelig som i forhold til alternativ 1 og det taler utvilsomt imot konkurskarantene etter kkl. § 142 (1) nr.2 er straff etter EMDs tolkning.

Likevel er det vanskelig å ta stilling til hvorvidt formålet er avvergende eller sanksjonerende. Fordi konkurskarantenen har to alternativer for ileggelse, skaper den to sider som til tider kan være motstridende ved vurderingen av reaksjonens element av straff. Om en ser konkurskarantenen hver for seg vil alternativ 1 lettere kunne konkluderes som pønalt enn alternativ 2, samtidig er formålet identisk bak begge

¹⁴² Avsnitt 54

alternativene og taler imot en slik separatert tolkning. Etter en helhetsvurdering med mye tvil i forhold til kkl. § 142 (1) nr. 1, konkluderes det med at konkurskarantene som helhet ikke er å betrakte som "criminal" i henhold til EMDs autonome tolkning.

7.3 Det svenske næringsforbudet som straff?

Det svenske næringsforbudet vurderes å være nærmere en strafferettslig reaksjon enn norsk konkurskarantene. Blant annet fordi næringsforbudets gjelder for all type næringsvirksomhet og derfor favner regelen videre med hensyn til lovens anvendelsesområde. Spørsmålet er i så fall om det foreligger unntak som taler for at det strafferettslige aspektet er mindre dominerende enn tidligere antatt. Påstand om næringsforbud blir ofte reist i sammenheng med en straffesak, og loven har i § 8 lagt til rette for at saksgangen skjer etter straffeprosessuelle regler så langt det lar seg gjøre. Resten av paragrafen benevner at etterforskningen skal underlegges straffeprosessens regler, og det trekkes i retning av at dette er en spesialregel. I de etterfølgende paragrafene, 8a og 8b, foreskriver loven en annen ordning som igjen understreker foregående paragrafs spesialregel: "... *Om inte annat föreskrivs i denna lag, handläggs ett ärende om näringsförbud enligt 1 a och 2 §§ enligt lagen (1996:242) om domstolsärenden. SFS 2006:704*". Etter den svenske domstolslovens ordning foregår

prosessen kun i skriftlige former, ettersom saken ikke vil kunne behandles etter straffeprosessuelle eller sivilrettslige former etter Rättegångsbalken. Videre er virkeområdet av domstolsloven 1 §: *”Denna lag gäller handläggningen i tingsrätt, hovrätt och Högsta domstolen av sådana rättsvårdsärenden som skall tas upp av en tingsrätt och som inte skall handläggas enligt rättegångsbalken... 4 § Den som vill inleda ett ärende vid tingsrätten genom anmälan, ansökan, överklagande eller på annat sätt skall göra detta skriftligen...”* Ut fra lovens forarbeider forstås ”ärender” som typisk fastsettelsesdommer, en avgjørelse om en rettighet er til eller ikke, eller et spørsmål om illeggelse av næringsforbud eller ei.¹⁴³ Hittil likner saksgangen konkurskarantenes og utgjør derfor heller ikke et argument for pønalt formål. Derfor er det ikke tilstrekkelig å konkludere med at næringsforbudet er strafferettslig. I motsatt retning taler koblingen mellom straffovertredelsene og næringsvirksomheten ettersom straffbare forhold er et tydeligere aspekt her enn ved konkurskarantene. Årsakskravet taler for at næringsforbudet er av strafferettslig karakter.

Videre er rettsfølgene mellom det svenske næringsforbudet og norsk konkurskarantene like med hensyn til både forbud mot å påta seg ledende verv eller stifte begrensede selskaper. Likevel er næringsforbudets virkning enda strengere, siden det også omfatter forbud mot å drive næringsvirksomhet generelt. Utover dette er det en forskjell basert

¹⁴³ Prop. 1995/96:115 s 142

på strafferammen hvor det svenske næringsforbudets varighet er minimum 3 år og maksimum 10 år mot konkurskarantenens 2 år. Igjen trekker dette i retning av at næringsforbudet er ment som et pønalt middel sidestilt med rettighetstapet.

Det må videre bemerkes at NL 8d § angir ved avgjørelser om næringsforbud skal det avholdes rettsmøte, så fremt det ikke er åpenbart unødvendig.¹⁴⁴ Samme regel finnes også i tvisteloven § 9-14 med hensyn til konkurskarantene slik at dette punktet ikke taler for at reaksjonen er straff.

Til gjengjeld gir NL 8e § retten adgang til å oppnevne offentlig forsvarer når særlige grunner foreligger. Tilsvarende regel innen norsk rett befinner seg i straffeprosessloven § 96 og dette taler for at det svenske næringsforbudet er straff. Men tvl. § 3-2 påbud til å bruke prosessfullmektig ivaretar akkurat samme interesse bak NL 8e §, nemlig det forhold at parten ikke er prosessdyktig, jfr. Karnov note 37 til loven. Argumentet som taler imot en sivilrettslig tolkning er at det ikke kan utelukkes at strpl. § 96 ivaretar samme interesse og mer til.

Hvorvidt næringsforbudet som helhet bør anses som straff er usikkert. Hvis næringsforbudet ilegges i sammenheng med straffesak og straffeprosessuelle regler gjelder, er svaret klart ja. Derimot når påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale om

¹⁴⁴ Åpenbart unødvendig hvis begjæringen avvises eller tale i favør av næringsutøveren, jfr. Svensk Karnov Lag om Näringsförbud note 35

næringsforbud og etterlater begjæringen til de andre forvaltningsorganene, taler det for at det svenske næringsforbudet ikke er straff. Tvetydigheten er således lik som ved norsk konkurskarantene. Ut fra en helhetsvurdering av næringsforbudets virkeområde, rettsfølger og varighet samt den sterke tilknytningen til straffovertredelser, trekker det i retning av at næringsforbudet har dominerende trekk av strafferettslig art og bør likevel betegnes som straff.

I forhold til det svenske næringsforbudet har konkurskarantenen heller form av å være et administrativt kvalifikasjonsmiddel¹⁴⁵. Dette understrekes av Justisdepartementets høringsnotat fra 2004 hvor det svenske næringsforbudet ble omtalt som administrativt rettighetstap.¹⁴⁶

Subsidiært, er næringsforbudet derfor nærmere rettighetstapet etter strl. § 29 både i art og varighet. Dessuten kan kravet til allmenne hensyn forklares gjennom den tette tilknytningen til straffovertredelse, noe som ikke gjør dem mindre like. Det må videre understrekes at formålet ved begge reaksjoner er å hindre videre konkret næringsutøvelse og verv. Næringsforbudet har derfor karakter av administrativ rettighetstap i samme kategori som etter norsk rettighetstap. Konklusjonen er at det svenske næringsforbudet ville vært resultatet av en sammenslåing av konkurskarantenen

¹⁴⁵ Sanksjonen var ment å styre unna uønsket atferd og gi konkursdebitor en følbar reaksjon av den grunn har det tidligere vært omstridt hvorvidt konkurskarantene regnes som straff.

¹⁴⁶ Punkt 3.1.

og rettighetstapet etter strl.§ 29.

7.4 Det danske næringsbrevet som straff?

I forhold norsk konkurskarantene og det svenske næringsforbudet, avviker dansk fødevarenæringsbrev med tanke på sanksjonens rekkevidde på grunn av personkretsen og virkeområdet. Grunnen til det er at retten til næringsbrev inkluderer juridiske personer, forutsatt at et medlem av selskapsledelsen har bestått næringsprøven eller har en utdanning som er godkjent for tilsvarende formål.¹⁴⁷ Rettsfølgene er likevel lik norsk konkurskarantene og svensk næringsforbud fordi når selskapet fratas næringsbrevet har verken selskapet ved den juridiske personen eller de fysiske personene bak selskapet rett til å drive videre virksomhet som omfattes av fødevarelovgivningen. Dette betyr at selskapet egentlig er ilagt karantene à la samme virkning som konkurskarantene og det svenske næringsforbudet samtidig som de fysiske personer ikke nødvendigvis fratas næringsbrevet. Disse kan for så vidt stifte et nytt selskap eller jobbe hos et annet selskap uten restriksjoner. Fødevarenæringsbrevloven har på en måte ytterligere illustrert juridiske personers ansvarsforhold, noe som kan sammenlignes med rettsforholdet til juridiske personers

¹⁴⁷ Fnbl. § 4 stk. 2 sml. § 3 stk. 2

ansvar ved miljøforurensning etter norsk rett.¹⁴⁸ I realiteten er derfor dansk rett ganske så lik svensk og norsk rett som reaksjon, hvor det skjer et ”brudd” mot juridiske personers partsevne og ansvarsbegrensningen når reaksjonen like fullt rammer de fysiske personene i selskapsledelsen.

Formålet med dansk fødevarenæringsbrev kan tolkes som et styringsmiddel for å skjerpe aktsomhetsplikten til de som jobber med næringsmidler til daglig med hensyn til gjeldende lovgivning¹⁴⁹. I tillegg til at frakjennelse av næringsbrevet er ment å være en sivilrettslig reaksjon rettet mot personer eller virksomheter som ikke overholder gjeldende lovgivning.¹⁵⁰ Når den fysiske eller juridiske personen blir utestengt fra denne typen virksomhet blir virksomheten slettet fra oppføringen i Næringsbasen¹⁵¹ i en periode og har da ikke rett til å drive med næringsmidler på lovlig vis. Dette kan tolkes som en reaksjon av pønal karakter som en følge av overtredelsene, men regelen synes å være nærmere en reaksjon av forvaltningsmessig art fordi det er forvaltningen som utsteder og treffer beslutning om avslag på næringsbrevene slik at det taler i retning av

¹⁴⁸ Straffeloven § 48a foretaksansvar

¹⁴⁹ For å få rett til næringsbrev stilles det blant annet krav til bestått næringsprøven som blant innebærer en prøve der det kreves kjennskap til lovgivning vedrørende utøvelse av fødevarevirksomhet og fødevarer, skatter og avgiftsregler, regler om pant på emballasje og arbeidsmiljøloven, se fnbl. § 4 og bekendtgørelse Nr. 630 af 25. Juni 2009

¹⁵⁰ Fnbl. § 11 stk.1

¹⁵¹ Offentlig register blant annet over fysiske og juridiske innehavere av næringsbrev, se fnbl. § 2

et forvaltningsvedtak.¹⁵²

Spørsmålet blir derfor heller hvorvidt den danske regelen er et administrativt rettighetstap eller tilbakekall. Det norske straffelovutvalget har definert ”tilbakekall” og det legges til grunn i oppgaven at dette samsvarer med dansk rett¹⁵³: *”Dersom dette er å påføre gjerningspersonen eller foretaket et onde som en reaksjon fra samfunnets side mot overtredelsen, er vedtaket en sanksjon slik utvalget har definert sanksjonsbegrepet i punkt 9.4. Omvendt vil et tilbakekall ikke være en sanksjon hvis formålet er å hindre at en person fortsetter å drive en virksomhet han ikke er kvalifisert for. Ikke sjelden vil et vedtak ha flere formål. Etter utvalgets definisjon står man da overfor en sanksjon når det pønale formål er hovedsakelig eller vesentlig.”* . Ut fra dette utsagnet betviles frakjennelsen egentlig er et administrativt rettighetstap å regne. Regelen om frakjennelse baserer nemlig på at han ikke lenger er kvalifisert for å drive etter fødevarenæringsloven. På den andre siden er frakjennelse også ment å påføre vedkommende et onde som resultat av overtredelsene som har skjedd i sammenheng med næringsvirksomheten. Det pønale innslaget er likevel ikke så tungtveiende slik som formålet med å hindre ikke- kvalifiserte med å utøve næringsvirksomhet etter gjeldende lovgivning. Det taler for at frakjennelse er nærmere et tilbakekall. Momentet som kanskje er avgjørende er den omstendighet at forvaltningen i praksis trekker tilbake

¹⁵² Fnbl. §§5, 6 jfr. 11 b

¹⁵³ NOU 2003:15 punkt 13.8

næringsretten: ”Tilbakekall skjer i praksis ofte også ved at forvaltningen bruker sin (lovfestede eller ulovfestede) rett til å omgjøre det tidligere vedtak om å gi tillatelsen.”.¹⁵⁴ Det sees hen til formålet som det avgjørende moment, slik at reaksjonen utvilsom ikke er straff verken etter dansk lov eller EMDs praksis.

7.5 Konkurskarantene som tilbakekall?

Subsidiært reises det spørsmål om norsk konkurskarantene befinner seg nærmere et tilbakekall enn et administrativt rettighetstap. På grunn av regelens alternative vilkår, trekker det i begge retninger. Reaksjonen kan nemlig utløses ved at konkursdebitor ilegges etter § 142 (1) nr.1 hvor koblingen til straffovertredelser taler for et administrativt rettighetstap mens ileggelse etter kvalifikasjonsnorm i § 142 (1) nr. 2 om uforsvarlig forretningsførsel, heller taler i retningen av et tilbakekall. Videre har straffelovutvalget gjort gjeldende at de beste grunner taler for å anse vedtaket som en sanksjon (et rettighetstap), om det i tillegg til krav om vandel og allmenn tillit (sml. alternativ 2) også stiller et vilkår til begått lovbrudd¹⁵⁵. Det avgjørende momentet er derfor hvorvidt reaksjonens pønale element er dominerende. I denne sammenhengen taler det for at konkurskarantenen er en hybrid.

¹⁵⁴ NOU 2003:15 punkt 13.8

¹⁵⁵ Ibid

Om en følger straffelovutvalgets anvisning for en enten-eller-regel og følgelig lar det pønale elementet få ekstra vekt slik at det dominerende formålet er sanksjonering, er konkurskarantenen et administrativt rettighetstap å regne fordi de beste grunner som hensynene til preventiv effekt ut fra allmenne betraktninger og effektivitet taler for det.

8 Forholdet til straffeprosessen – kravet til forsvarlig saksbehandling

I dette kapittelet skal jeg ta for meg forskjellene mellom straffeprosessens og sivilprosessens regler i relasjon til konkurskarantenen. Problemstillingen tar for seg den prosessuelle siden av rettssikkerhetsprinsippet. Selv om det allerede er avklart både i Høyesterett og EMD at konkurskarantene ikke regnes som straff, gjenstår det fortsatt en del ubesvarte spørsmål.

Det stilles spørsmål om hvorvidt nåværende saksbehandlingsregler anses akseptable i sett i sammenheng med inngrepets art og omfang, også når konkurskarantenen benyttes som midlertidig forføyning av påtalemyndighetene. I likhet med sivilprosessen er straffeprosessen også en domstolsprosess. For øvrig har straffeprosessen også en utenrettslig del ved behandling av straffesaker, nemlig etterforskning foretatt av påtalemyndighetene. Subsidiært stilles det spørsmål om hvorvidt konkursskyldners rettsstilling er bedre stilt etter tvistelovens regler med hensyn til varsling, retten til kontradiksjon mv. enn etter straffeprosessen. Etter straffeprosessen vil tiltaltes rettsgarantier ta form som rett til forsvarer, innkalling til rettsmøte, rett til å være tilstede, bevisorientering, rett til å avhøre vitner og opplesning av politirapport. Naturligvis er ikke alle temaene like relevant for konkurskaranteneinstituttet. Endelig, sees det hen til Sveriges og Danmarks saksbehandlingsregler, og hvordan reaksjonens art påvirker valg av prosessform. Det avgrenses mot landenes straffeprosessregler som forutsettes er i harmoni med EMK.

Hovedproblemstillingen er hvorvidt saksbehandlingsreglene for konkurskarantenen ivaretar rettssikkerheten dårligere enn det ville gjort etter straffeprosessens. I EMD-

saken D.C, H. S og A. D mot Storbritannia anførte partene den interne lovgivningen på dette punktet diskriminerte sivile og straffeprosessuelle saker. Tvisten lå i sivilprosessens saksbehandlingsregler som det hevdes ikke ga bra nok vern med hensyn til saksøktes rettigheter som det ellers ville gjort om saken ble ført som straffeprosess. Det henvises mest sannsynlig til rettsgarantiene og selve domstolsprosessen. Utover anførselen uttalte ikke EMD ytterligere påstanden.

Under den forutsetning at alternativ 1 er ”criminal” etter EMKs straffebegrep, bør ileggelse etter kkl. § 142 (1) nr. 1 kunne foregå i straffeprosessuelle former, i motsetning til alternativ 2. Resultatet kan i så fall medføre brudd på likhetsprinsippet i rettergangsprosessen slik at det ikke ville vært hensiktsmessig med en slik oppdeling. Innen straffeprosessen balanseres forholdet mellom påtalemyndighetene og deres fortrinn på etterforskningsdelen, ved at tiltalte oppnår fordeler under rettergangen, omtalt som rettsgarantier. Dette er kjent som prinsippet favor defensionis. Blant annet er siktedes forbud mot selvinkriminering i SP¹⁵⁶ art.14 (3)(g) egentlig en utfylling av prinsippet i EMK art.6. Utgangspunktet er siktedes rett til å nekte avgi forklaring og hans falske forklaring ikke medfører straff etter strl. § 167 (1). Likevel kan en hevde at tvl. § 22-9 får samme betydning i sivile saker. Men (2) gir retten adgang til å pålegge forklaringsplikt slik at det ikke er ubetinget fritak etter sivilprosessen. Tilsvarende

¹⁵⁶ FN-konv om sivile og politiske rettigheter

vidtgående unntak finnes også i straffeprosessen¹⁵⁷, jfr. strl. § 167 (2). Selv om nektelse av forklaringsplikt i straffeprosessen ikke resulterer i straff, betyr det ikke at nektelse likestilles med frikjennelse, sml. strpl. § 93 (2). Konklusjonen er at selvinkrimineringsprinsippet er gjensidig gjennomført både i sivil- og straffeprosessen. Plikten til å foreta en helhetsbedømmelse ved ileggelse av konkurskarantene kan være et utslag av prinsippet om våpenlighet som er gjennomført i straffeprosessen. I så fall er det tilstrekkelig at adgangen til individuell prøving kompenseres for dårligere rettssikkerhet? Tidligere i oppgaven ble ”skjellig grunn til mistanke”-bevisvurderingen sammenlignet med bevisvurderingen ved beslutninger om tvangsmidler. Dette minsker ”alvorlighetsgraden” av inngrepets art selv om bevisvurderingen egentlig er nærmere etterforskningsdelen med hensyn til statusen ”mistenkt”. I straffeprosessen er den som tiltales å regne som siktet.¹⁵⁸ Derfor er det naturlig å legge til grunn ”siktedes” rettsgarantier ved en domstolsprosess. Om man la til grunn ”mistenktes” rettigheter etter straffeprosessloven, vil selv disse etter norsk rett være meget begrenset i forhold til retten til partsinnsyn og partsoffentlighetsregler. Særlig når hemmelig tvangsmiddel utføres mot en mistenkt kan retten oppnevnes en særskilt offentlig advokat som ivaretar den mistenktes interesse uten at han selv eller hans forsvarer får informasjon om etterforskningen, jfr. strl § 100a.

¹⁵⁷ Straffeprosessloven

¹⁵⁸ Ibid § 82

Hvordan stilles så in dubio pro reo-prinsippet i sivilprosessen? Uskyldspresumpsjonen fremgår av EMK art. 6 nr. 2 at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Prinsippet er lovfestet i straffeprosessen, jfr. strpl. § 39 hvorledes det ikke finnes tilsvarende lovfestede regler eller retningslinjer innen sivilretten. Det kan spørres om rimelighetsvurderingen som ligger til grunn i kkl. § 142 (2) kan betraktes som motstykket. Faktum at prinsippet ikke er kodifisert foreligger det heller ingen retningslinjer for at tvil skal falle i debitors favør. Rimelighetsvurderingen kan derfor være mer vilkårlig enn straffeprosessen på dette punktet. Formålet med rimelighetsvurderingen ble videreført fra den tidligere regelen om automatisk inntreden og formålet den gang var at vurderingen skulle avbøte den omstendighet at konkursdebitor automatisk betraktes som ”skyldig”, og derfor var han uskikket til å lede et selskap.

I forhold til anke gjelder Reformation in pejus, et prinsipp som begrunnes ut fra straffreaksjonens pønale element har videre konsekvenser for siktede. Det bør derfor ikke være vid adgang til å ilegge strengere straff. Dessuten har ankeinstansen adgang til å gå utover ankegrunnene til gunst for siktede etter strpl. § 342, mens det etter sivilprosessen ikke gis slik mulighet, se tvl. § 29-20. I strpl. §§ 391 og 393 lovfestes prinsippet gjennom rettens begrensede adgang til å endre rettsfølgen til skade for siktede i ankeinstansen såfremt lovanvendelsen opprettholdes.

Saker etter sivilprosessen er som regel ikke inngripende i forhold til individets rettsstilling ettersom det ofte gjelder fastsettelse eller fullbyrdelse av et rettsforhold. Men både konkursskarantenen og administrative reaksjoner går utover disse rammene. Den påvirker i like stor grad individets rettsstilling som et rettighetstap etter straffeloven. Derfor foreligger det også gode grunner for at forsvarlig saksbehandling legges til grunn ved konkursskarantene – for så vidt alle administrative reaksjoner som endrer en person rettsstilling. Derfor stilles det spørsmål om hvorvidt konkursskarantene oppfyller kravene til forsvarlig saksbehandling i forhold til Menneskerettighetskonvensjonen. ”Fair trial” etter EMK art. 6 angir retten til å få en rettferdig rettergang, både ved fastleggelse av ”civil rights and obligations” og ”criminal charge”. Den konvensjonsfester de grunnleggende, men uskrevne normene bak en saklig og forsvarlig rettergangsprosess:

” 1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;*
- b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;*
- c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not a sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;*
- d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;*
- e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.”*

Det er usikkert om det kun er nr. 1 som relaterer seg til sivile rettstvister eller om punkt 2 og 3 også skal inkluderes for å være ”fair”. Ut fra ordlyden i punkt 2 og 3 presumeres minimumsrettighetene gjelder først og fremst ved ”criminal offence”, altså i straffesaker. Samtidig kan oppbygningen tolkes for utvidelse til sivile søksmål. Gode grunner taler for et slikt tolkningsresultat, spesielt når det skal tas hensyn til at sivile reaksjoner også har blitt betegnet som ”straff” av EMK. Jeg legger derfor til grunn at EMK art. 6 punkt 2 og 3 er en del av vurderingstemaet ”fair trial”, under den forutsetning inngrepets art og omfang tilsier større grad av hensynsfullhet.

8.1 Kravet til kontradiksjon – hvem er motpart

Både straffeprosessen og sivilprosessen er organisert som partsprosess for å sikre kontradiktorisk behandling. Ved konkursskarantene er det boet og påtalemyndigheter som kan opptre som motpart, jfr. § 143 (2). Retten har også adgang til å ilegge ex officio. Med ”kan” foreligger ingen lovpåbudt plikt til potensielle parter til å melde sin inntreden. Partsinntreden kan skje frem til rettskraftig dom, sml. tvl. § 19-15. Dessuten må partsevnene påberopes særskilt. Boets innberetning med innstilling til konkursskarantene er ikke tilstrekkelig. I mange tilfeller har verken boet eller påtalemyndighetene interesse av å opptre som part. Varslingsplikten og uttaleretten utsprunget av kontradiksjonsprinsippet er derfor viktigst for konkursdebitor. Men om det kontradiktoriske prinsipp brytes ved manglende varsling til påtalemyndigheten eller boet, hvor disse har inntrådt som parter, vil det også føre til ubetinget opphevelse etter tvl. § 29-21.

Fra Justisdepartementets endringsforslag foreslås det at påtalemyndighetene ikke lenger skal være part, og at boet ved bostyrer eller tidligere bostyrer gis enerådige partskompetanse.¹⁵⁹ Argumentet var at bostyrer er den som sitter med detaljkunnskapene og som innstiller konkursskarantene. Følgende vurderes det å pålegge plikt for boet å opptre som part i karantenesaker. På den andre siden så har interessene

¹⁵⁹ Justisdepartementets høringsnotat (2004) punkt 9.1.1

konkurskarantenen verner om et dominerende aspekt av samfunnsbeskyttelse og det bør være det offentlige fører an som part slik som i det svenske næringsforbudet. Det ville derfor være bemerkelsesverdig om boets midler, i stedet for å gå til fordeling mellom kreditorene, pålegges benyttet til rettergangskostnader. Her påføres kreditorene en ekstra byrde, hvorav konkurskarantenen egentlig er til vern av dem, i form av justis.

Det svenske næringsforbudet opererer med flere som har partskompetanse. Foruten påtalemyndigheten, er det forvaltningsorganer som gis slik adgang, jfr. NL §§ 8, 8a, 8c jfr. § 9. "Kronofogdemyndigheten" og "Konkurrenceverket" har gjennom delegasjon ervervet partsevne fra den svenske stat og opptrer derfor som representanter for å ivareta offentlige interesser. Retten har også adgang til å ilegge næringsforbud etter eget tiltak. Til gjengjeld finnes det ikke representanter for private interesser som kreditorfellesskapet, jfr. boet. Dette er stor forskjell fra konkurskarantenen, ettersom det tydeliggjør at næringsforbudet primært er en offentligrettslig sanksjon. For å kunne ilegge næringsforbud må det enten reises tiltale eller begjære næringsforbud, slik at det aldri blir noe tvil om hvem som er motpart.

Dansk fødevarenæringsbrevlov har samme partsforhold som svensk lovgivning. Som forvaltningsmessig reaksjon er det oppgitt partskompetanse til "Erhvervs- og Selskabsstyrelsen" og "anklagemyndigheden", jfr. fnbl. §§ 7 jfr. 9. Med andre ord fremgår det av lovens virkeområde at det er Staten ved forvaltningsorganene som er motpart. Ut fra håndhevelsessynspunktet kan frakjennelse av næringsbrev skje før forvaltningsorganet eller påtalemyndigheten begjærer om det. Derfor vil partsforholdet alltid være klart innen dansk rett.

Dessuten fremgår det av § 11a Fødevarestyrelsens vedtak om at midlertidig frakjennelse kan innbringes domstolene.

Verken dansk eller svensk rett har som formål å ramme "konkursrytteri". Svensk lovgiver har ikke sett behovet å regulere dette ettersom konkurs forekommer og ikke

enhver mislykket forretningsmann med flere opphør av selskaper bak seg bør risikere å rammes av et næringsforbud. Et annet synspunkt har vært at konkurs betraktes som en konsekvens av de straffbare uforsvarlige handlinger og det er disse en bør se hen til. Samtidig kan næringsforbudet likevel ramme tilfeller forretningsmenn som utnytter systemet til sin fordel, jfr. NL 1§.

Videre forutsetter ileggelse av konkursskarantenen formelt åpnet konkurs. Det svenske næringsforbudet som utgangspunkt har ikke et konkursskriterium, men ved anvendelse av NL 2 § forutsettes det at næringsvirksomheten har endt i konkurs. Dansk lovgivning stiller heller ikke noe konkursskriterium for inntreden, men spørsmålet kan fortsatt dukke opp om næringsbrevinnehaveren går konkurs, og begår overtredelser på konkurslovgivningen. Den essensielle forskjellen mellom norsk og svensk lovgivning på dette punktet er blant annet at næringsforbudet verner om flere berørte interesser og samfunnets sanksjon på den uønskede forretningsførselen. Det svenske systemet er oppbygd slik at boet ikke har adgang til å begjære næringsforbud. Kreditors interesser representert ved boet er ikke like fremtredende som ved konkursskarantene, selv om NL 2 § har talt for slike skadelidende interesser. Likevel er konkursskarantenen også et middel for samfunnet mot konkursdebitorer som fører til en ujevn fordeling av samfunnets ressurser.

Dansk rett regulerer fødevarenæringen først og fremst ut fra et allmennpreventivt formål. Tyngden er derfor på allmennpreventive formål i forhold til alle 3, men spesielt i det svenske næringsforbudet og norsk konkursskarantene har individualprevensjonen en egen plass. Påtalemyndighetenes og statlige interesser for samfunnet er i realiteten sterkere representert enn private interesser i konkursskarantene. Karantenens formål synes blant annet å være at overtredelsen av "interessen" gjenopprettes ved at konkursdebitor ilegges karantene. Men blir det riktig å pålegge all "partskompetanse" på den andre private part, etter forslaget fra Justisdepartementet? Kreditorfellesskapet tenker først og fremst på sine fordringer. Hva som skjer med konkursskyldner er ikke like interessant. Svaret blir heller at reaksjonen bør tilstrebe å gjenopprette den alminnelige rettsfølelsen og tilliten til rettssystemet. Hvis påtalemyndigheter ikke lenger gis partskompetanse vil det allmenne formålet, vernet om samfunnet mot økonomisk kriminalitet, bli borte. Derfor har Sverige som hovedregel gitt det offentlige

partskompetanse. Muligens var regelen begrunnet ut fra at konkursboer flest begjæres åpnet etter utestående med det offentlige som hovedkreditor, men også fordi ansvaret for samfunnsbeskyttelse bør ivaretas gjennom en representant av Staten. Følgende slutning er med mindre andre passende forvaltningsorganer oppnevnes bør påtalemyndigheten fortsatt inntå for begjæringen. Det er derfor underlig forslaget ønsker å utelukke påtalemyndigheten helt som part.

8.1.1 Saksomkostningsspørsmålet

Avklaringen om hvem som er motpart er viktig med hensyn til saksomkostningsspørsmålet. Der boet allerede er avsluttet kan det ikke sies å opptre som motpart lengre. Så når retten ilegger konkurskarantene ex officio blir dette enda mer uklart. Hvem er da nærmest å regne som debtors egentlige motpart? Kkl. § 149 gir tvisteloven fjerde del tilsvarende anvendelse. I tvistelovens fjerde del befinner kap. 20 som omhandler blant annet statens erstatningsansvar ved feil saksbehandling. I § 20-12 (3) omtales det blant annet at Staten ved Domstolsadministrasjonen er motpart. Dette underbygger rettsoppfatningen at den nærmeste part å tilregne er Staten ved Domstolsadministrasjonen, særlig når konkurskarantene ilegges av retten ex officio. Avgjørelsene fra 1997 resulterte i at staten ble pålagt saksomkostningsansvar, begrunnet

i alminnelige rettsprinsipper og reelle hensyn for at forvaltningsloven¹⁶⁰ § 36 kom til analogisk anvendelse.¹⁶¹

Den omstendighet at forvaltningslovens virkeområde avgrenses mot domstolene, jfr. fvl. § 4, ble det ikke lagt vekt på ettersom gode grunner talte for at hensynene bak fvl. § 36 likevel kom til anvendelse for slike tilfeller.

Det ble også lagt vekt på tidligere tvistemållovens saksomkostningsregler som bygget på prinsippet den som vinner frem får dekket sine saksomkostninger. Etter den nye tvisteloven videreføres prinsippet i tvl. § 20-2.

I Rt.1997 s.1079 var sakens kjerne tvangsoppløsning og konkurs. Avgjørelsen fulgte prinsippet i 1997-avgjørelsene gjennom en vurdering av hvorvidt hensynene bak fvl. § 36 gjør seg gjeldende: *"Forvaltningsloven § 36 og formålet med denne bestemmelse må trekkes inn når retten skal avgjøre om det vil være grunnlag for omkostningsansvar. Dette åpner for en nyansert bedømmelse i hver enkelt sak. Retten må ta hensyn til om selskapets omkostninger har vært vesentlige og nødvendige for å få opphevet tvangsoppløsningen."*

I en av avgjørelsene ble saksomkostningsavgjørelsen utsatt inntil ny avgjørelse avsluttet saken, etter opphevelsen. Det trekkes i retningen av at uttalelsen i forhold til statens

¹⁶⁰ Forvaltningsloven [fvl]

¹⁶¹ Rt 1997 1251, L381K/1997 jfr. Rt 1994 892

ansvar for saksomkostning egentlig er et obiter dictum¹⁶². Samtidig forholdt dette seg kun i et tilfelle og før 1997-avgjørelsene. Spørsmålet blir om disse avgjørelsene skaper presedens for de tilfeller der verken boet eller påtalemyndighetene inntretr som parter, og staten derfor inntretr automatisk som part. Dette kan langt på vei insinuere hvem som kan betraktes som motpart når ingen har meldt sin inntreden og muligens nærmer seg en avklaring gjennom rettspraksis.

Imidlertid fremgår det av en nyere avgjørelse at fvl. § 36 ikke kommer til anvendelse der bostyrer innstilte konkurs, men retten likevel ikke fulgte opp innstillingen.¹⁶³ Den avviker fra tidligere avgjørelser fordi det ikke forelå en førsteinstansavgjørelse som var til konkursdebitors ugunst. Poenget var at saksforholdet ikke reguleres av fvl. § 36. Dette kan tolkes som en avgjørelse for hvor langt fvl. § 36 får analogisk anvendelse og ikke nødvendigvis i forhold til avklaring av partsforhold i forhold til konkursskarantene: *"Utvalget har i flere avgjørelser lagt til grunn at når en rent forvaltningsmessig avgjørelse av en domstol blir omgjort etter kjæremål, kan staten ilegges ansvar for saksomkostninger ut fra alminnelige rettsprinsipper etter analogi fra forvaltningsloven § 36 første ledd. Utvalget viser til Rt-2002-11 med videre henvisninger. Utvalget kan ikke se at det er grunnlag for å utvide analogien fra forvaltningsloven § 36 ut over det avgrensede anvendelsesområdet bestemmelsen selv har på dette punkt, i en sak som den*

¹⁶² Rt 1994 892

¹⁶³ Rt 2005 1545

foreliggende.". Det konkluderes derfor med at saksomkostninger påført debitor har vært vesentlige og nødvendige for å få opphevet karantenen, slik at Staten får ansvaret for dette når verken boet eller påtalemyndighetene har meldt inntreden som part.

Rettspraksis har derfor lagt til grunn en analogisk anvendelse av fvl. § 36 der rent administrative avgjørelser ilegges av en domstol og pålegger Staten saksomkostninger ut fra alminnelige rettsprinsipper.

Innen svensk og dansk rett gir ikke saksomkostningsspørsmålet et like spennende resultat. Deres lovgivning er ganske klar med hensyn til hvem som er motpart. Det svenske saksomkostningsspørsmålet reguleres uttrykkelig av NL 8e §, som henviser til 31 kap. i Rättegångsbalken når næringsforbudet reises som offentlig påtale. Hvis næringsutøveren idømmes næringsforbud skal han betale saksomkostningene til staten. Om han derimot frikjennes, pålegges staten å betale for næringsutøverens utlegg, jfr. 31 kap. 1-2 §§. Derimot gjelder 18 kap. for de tilfeller Konkurrenceverket eller Kronofogdmyndigheten har begjært næringsforbud, jfr. lag om domstolsärenden 32 §. Hovedregelen er lik det norske utgangspunktet fordi det er den tapende part som får ansvaret for den andres saksomkostninger, med mindre annet avtales, jfr. 1 §.

For øvrig er svenske saksomkostningsreglene egentlig omtrent det samme som ved klare tilfeller etter norsk straffeprosess og sivilprosess.

Dansk næringsbrevlovgivningen angir heller ikke uttrykkelig hvordan saksomkostningsspørsmålet reguleres. Stillheten om hvilke prosessregler skal legges til grunn, taler for at det er Retsplejeloven som kommer til anvendelse. Dette kan muligens underbygges av ordlyden med hensyn til midlertidig frakjennelse av næringsbrev i fnbl. § 11 a. stk. 3 hvor Fødevarestyrelsen anlegger sak etter den "borgerlige retsplejes former". Av Retsplejeloven kap. 30 § 312 lyder samme prinsippet om at den tapende part skal betale den andre parts saksomkostninger, med mindre annet er avtalt.

8.2 Varsling

En av de grunnleggende rettighetene som betinger en ”fair” rettergang er varsling, jfr. ”public hearing”. Konkursloven § 149 (1) gir tvisteloven første, fjerde, femte og sjette del, kapittel 8 og §§ 9-6, 9-11 og 9-16 tilsvarende anvendelse hvorav varslingsreglene i tvisteloven for både saksforberedelsen og hovedforhandlingen befinner seg i §§ 9-6 og 9-11.

Høyesterett har i en nyere avgjørelse opphevet skifterettens og lagmannsrettens kjennelser på bakgrunn av manglende varsel, og der lagmannsretten bygget på et annet faktisk grunnlag enn det skifteretten gjorde.¹⁶⁴ Dette taler for at manglende varsling medfører at avgjørelsen oppheves som følge av saksbehandlingsfeil, jfr. tvl. §§ 29-21 (1) og 30-3. Selv om det var tale om en kumulasjon av to saksbehandlingsfeil i dette tilfellet, ville retten uansett foretatt en konkret individuell vurdering av hvorvidt manglende varsling kan ha hatt betydning for avgjørelsens utfall. Dette utdypes i Rt. 1993 s. 133 hvor retten ikke la betydning på at varselet var feiladressert. Den kom på tross av feilen, frem til riktig postboks og var derfor ikke en mangel som påvirket sakens utfall. Konkursdebitor unnlot nemlig å hente brevet og fikk ikke med seg varselet.

¹⁶⁴ Rt 2003 409

En lagmannsrettavgjørelse fra 2007 tok opp forholdet til EMK og uttalte¹⁶⁵: ” *I kravet til « offentlig rettergang » (« public hearing ») ligger et krav om at forhandlingene i utgangspunktet skal være muntlige, med mindre den private part frafaller retten til muntlig forhandling.*”. Tingretten hadde ikke varslet konkursdebitor om at det vurderes konkurskarantene mot ham, hvorav han fikk rede på dette gjennom bostyrers sluttinnberetning. Men den var først i hende få dager før kjennelsen ble avsagt. Lagmannsretten poengterte med denne uttalelsen både hva hensynet bak varselsplikten, og hva mangelen på sådan medfører:”... *men en forutsetning må da etter lagmannsrettens syn være at parten har hatt en reell mulighet til å kreve muntlig forhandling gjennom at han er varslet om rettsmøtet i tide.*”. Ut fra en antitetisk tolkning har ikke konkursdebitor fått muligheten til å vurdere om han ønsker å uttale seg om han ikke fikk varsel om rettsmøtet. Dette ville brutt med det bærende prinsippet om kontradiksjon ved tapet av muligheten forsvare seg selv mot en karanteneileggelse, jfr. EMK art. 6 nr. 3. b.: “... *to have adequate time and facilities for the preparation of his defence*”. Det konkluderes derfor varselsplikt foreligger i konkurskarantene i tråd med EMK art. 6.

Høringsforslaget fremmet forslag til endring i lovteksten, slik at det skal fremgå eksplisitt at det foreligger både varslingsplikt og uttalerett ved ileggelse av

¹⁶⁵ LE-2007-43883, se også LE-2007-69355

konkurskarantene.¹⁶⁶

Dette sees mot svensk rett hvor næringsforbudet heller ikke har eksplisitte varslingsregler. I de tilfeller påstand om næringsforbud nedlegges i sammenheng med straffesaken gjelder Rättegångsbalkens prosessregler, jfr. 8 a § flg. Det legges til grunn at straffeprosessen regler oppfyller varslingsplikten på dette punktet. De tilfeller som ikke omfattes av 8 § behandles i så fall av domstolsärendeloven § 15. Ordlyden lyder det skal gis varsel med svarfrist og fremhever rettens adgang til å avgjøre saken uten næringsutøverens deltagelse såfremt denne unnlater å komme med et motinnlegg på stevningen. Dette samsvarer med norsk rettspraksis også.

I likhet med norsk og svensk rett har heller ikke den danske fødevarenæringsbrevloven en varslingsregel. Men det antas at Retsplejeloven kommer til anvendelse. Av ordlyden i § 350 skal stevningen forkynnes for saksøkte, noe som tilsier at varselsplikten er oppfylt. Videre angir § 353 rettens mulighet til å innkalle partene til et forberedende møte, altså saksforberedelsen før hovedforhandlingen med mindre det anses overflødig, muligens hvis det ikke foreligger behov. Konklusjonen er at det ikke foreligger mangler på regler om varselplikt i dansk rett.

¹⁶⁶ Justisdepartementets høringsnotat (2004) punkt 9.3

8.3 Muntlighetsprinsippet

Dette er en del av kontradiksjonsprinsippet og gjenspeiler varslingsplikten. EMKs begrep er "hearing" som også består av et krav om bevisumiddelbarhet.

Av kkl. § 149 (4) skal uttalerett gis "så vidt mulig" før tvisten avgjøres og gjelder både for saksforberedelsen og hovedforhandlingen. Jo Hov har uttalt at det ikke foreligger et slik nødvendig krav til muntlighet, såfremt det er rene rettsanvendelse og prosessuelle spørsmål.¹⁶⁷ Rt. 1997 s.1251 uttalte at avgjørelser av konkurskarantene er av ren administrativ art. Det trekkes i retning av en summarisk behandling. Spørsmålet er om en slik summarisk behandling kan betraktes som konvensjonsstridig med hensyn til inngrepets art. I forhold til konkurskarantene finnes ikke en klar utvidet adgang til muntlig forhandling eller bevisføringen under saksforberedelsen. Praksis har vært at konkurskarantene behandles skriftlig. I prinsippet er det muligens fordelaktig med skriftlighet i kompliserte og tekniske saker, og det er nok en del slike forhold med hensyn til boets stilling. Men konkurskarantene ilegges primært på bakgrunn av en vurdering i forhold til mulige straffebestemmelser konkursdebitor med "skjellig grunn til mistanke" kan ha overtrådt og faktiske forhold konkursdebitor har gjort med hensyn til skikkethetsvurderingen. Det stilles tvil om hvorvidt det foreligger en fordel at

¹⁶⁷ Hov I (2007) s. 58

konkurskarantene henvises kun til skriftlig saksgang. En slik generell simplifisering av saker, uansett hvor kompliserte eller enkle de er, kan være betenkelig. Innen straffeprosessen er adgangen til skriftlig saksgang tungtveiende i forhold til bevissikring, men dette hensynet er ikke like fremtredende ved konkurskarantene. Umiddelbarhetsprinsippet innen straffeprosessen gjør bevisbedømmelsen av reelle bevis og forklaring lettere, og derfor er muntlighet hovedregelen etter strpl. §§ 327 jfr. 278 hvorav sistnevnte er høyst aktuell ved konkurskarantene. Spesielt ved vurderingen av karanteneileggelse etter alternativ 2, der skikketheten baserer på faktiske forhold, bør konkursdebitor ha mulighet til å ta til motmæle. Er det ikke like viktig for bevisbedømmelsen hvordan konkursdebitor avgir muntlig forklaring for de faktiske forhold som retten grunngir som mangel på skikkethet og kan komme med innspill for de faktiske forhold? Det faktum at det ved anke legges ved faktiske forhold fra tingretten til grunn uprøvd, taler momentet også for en ubetinget uttalerett, jfr. tvl. §§ 29-16 og 21-2 (2). Med mindre konkursdebitor får muligheten til å bestride grunnlaget, er det derfor helt essensielt at debitor har slik uttalerett, muntlig eller skriftlig. Konkursloven § 149 (1) har gitt tvistelovens fjerde del anvendelse så langt de passer. På dette punktet vil nærliggende tolkning tale for at § 11-1 (3) bør komme til anvendelse, av hensyn til konkursdebitor, men også av hensynet til sammenheng i lovens system: ”Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt

foranledning til å uttale seg om.". "Så vidt mulig" vil derfor komme i strid med prinsippet i EMK, særlig ut fra konkurskarantenens virkninger. Konkursdebitor bør i det minste ha en absolutt uttalerett i form av et skriftlig innlegg. Rettspraksis uttalt at det følger av EMK art. 6 et eksplisitt krav til muntlige forhandlinger. De underliggende rettsprinsippene blir ført ivare tatt gjennom varsling og adgangen til muntlig forhandling.¹⁶⁸ Konklusjonen er at reglene i kkl. § 149 kommer i strid med prinsippet med EMK art.6, men praksis har forsøkt å avbøte på mangelen gjennom entydig praksis.

Det er fremmet forslag for bedre samkjøring med EMK på dette punktet.¹⁶⁹

Når tingretten ilegger karantene ex officio, altså i praksis "etterforsker" og foretar saksforberedelsen selv, bør den dessuten gi konkursdebitor uttalerett. Hvis ikke fremstår retten mer som en inkvisisjonsdomstol som ikke harmonerer med en rettstat. Et av momentene rettssikkerhet vektlegger er et tillitvekkende domstolssystem. Spesielt når karantenesaker betraktes som indispositiv sak, ville uttaleretten balansert "partsforholdet", jfr. prinsippet om våpenlikhet "equality of arms".

I forhold til de svenske reglene har NL 8 d § lagt til grunn det skal avholdes rettsmøte

¹⁶⁸ RG. 1991 557 jfr. Rt 2007 1135

¹⁶⁹ Justisdepartementets høringsnotat (2004) punkt 9.3

med mindre det er åpenbart lite hensiktsmessig. At rettsmøter skal avholdes kan begrunnes ut fra rettssikkerhetsgarantier som muntlighet, umiddelbarhet og konsentrasjonsprinsippet. Ut fra lovmotivene er hovedregelen at saksbehandlingen foregår muntlig.¹⁷⁰ Med mindre avgjørelsen taler til fordel for debitor slik som ved avvisning og bortfall av næringsforbud vil hovedregelen være muntlig avholdt rettsmøte, jfr. Prop. 1998/99:44 s. 23¹⁷¹.

Dessuten har Lag om domstolsärende 17 § omtalt uttaleretten, ”yttring” skjer først og fremst skriftlig. Med mindre en *lex specialis* taler for en annen ordning, slik som NL 8 d§. Likevel virker det som om dette er en lovfestet rett jfr. ”får, og ikke ”så vidt mulig” som ved konkurskarantene. Hvis dette er riktig tolkning betyr det at det svenske lovverket har minimumsrettigheten lovfestet og derfor er ikke i strid med konvensjonen på dette punktet.

Dansk lovgivning har i Næringsbrevloven ingen tilsvarende regler. Ved frakjennelse vil forholdsvis Rettsplejeloven § 148 jfr. §§ 365 og 366 tilrettelegge for en hovedregel med muntlig hovedforhandling. Skriftlig prosedyre virker derimot som en sekundær løsning.

¹⁷⁰Svensk Karnov om Lag om näringsförbud note 35

¹⁷¹ Sml. Lag om domstolsärenden 13 og 14 §§ hvor saksgangen skjer skriftlig, men det gis adgang til å avholde rettsmøte hvis det ”antas vara till fördel för utredningen eller främja ett snabbt avgörande av ärendet.”.

Uttaleretten etter dansk rett er videre enn etter kkl. § 149 og er derfor ikke i strid med EMK på dette punktet.

I motsetning til norsk begrunnelse, avviker dansk rett på dette punktet ettersom regelen etter en reform i 2006 er ment å fremme en mer fleksibel og brukervennlig domstolsprosess uten at det går på bekostning av effektiviteten.¹⁷²

8.4 Oppnevning av forsvarer

En annen relevant minimumsrettighet etter EMK er tiltaltes rett til å ”...*defend himself in person or through legal assistance of his own choosing...*”, se art. 6 nr. 3 punkt c. Ut fra ordlyden innfortolkes et krav til forsvarer eller juridisk bistand. Videre er rettigheten betinget av ”*when the interests of justice so require*” og er således ikke en absolutt rettighet. Det er uvisst om rettferdighetens interesse relaterer seg kun til fri rettshjelp. Jo Hov hevder at slik interesse begrenses til det nevnte tilfellet.¹⁷³ Hov har lagt til grunn at EMDs praksis viser en restriktiv holdning på dette punktet, slik at det ikke er vid adgang for oppnevning på det offentliges bekostning med mindre det er tale om

¹⁷² Dansk Karnov note 1630 til retsplejeloven omtaler at muntlig hovedforhandling skal avholdes der saken er komplisert og forklaringer som del av bevisførselen er av betydning for saken, i tillegg til de tilfeller der saken kan være av offentlig interesse.

¹⁷³ Hov I (2007) s. 82 flg.

frihetsstraff.¹⁷⁴

Straffeprosesslovens kapittel 9 §§ 96-100 trekker i retning av at det foreligger en slik ubetinget rettighet til å få oppnevnt offentlig forsvarer som samsvarer med konvensjonens praksis, jfr. § 96 (1): ” *Under hovedforhandling skal siktede ha forsvarer.*”. Ut fra ordlyden inneholder den egentlig ikke noe krav til retten om å oppnevne en. Samtidig taler (2) og (4) for at de er unntak fra en hovedregel om krav til forsvarer, jfr. ” *likevel ikke krav på forsvarer*” og ” *retten kan unnlate å oppnevne forsvarer*”. På tross av det har juridisk teori ved Hov lagt til grunn at reglene verken angir rett eller plikt til offentlig oppnevning av forsvarer, selv ved frihetsstraff.¹⁷⁵ Dette er tydelig en rett som har blitt tolket motsatt gjennom praksis. Praksis står i sterk kontrast til EMKs praksis og i forhold til rettsforutberegneligheten.

Likevel har en nyere avgjørelse gitt ankeparten medhold i oppnevning av offentlig forsvarer i sammenheng med overprøving av rettighetstapet.¹⁷⁶ Saksøker hadde blitt ilagt rettighetstap for all fremtid og sakstypen tilsa at vilkåret ”særlige grunner” var oppfylt, hvorav strpl. § 100 (2) kom til anvendelse da den omfattet andre saker utenom rene straffesaker etter §§ 96-99.

¹⁷⁴ Benham v. Storbritannia

¹⁷⁵ Hov I (2007) s.82

¹⁷⁶ Rt 2009 1167

I relasjon til konkurskarantene er det enda mindre sannsynlig for at slik rett til forsvarer foreligger, særlig når til og med frihetsstraff ikke gir ubetinget rett. Konkurskarantenen er dessuten et godt stykke fra et rettighetstap som idømmes for alltid, med sine 2 år. Selv om det foreligger gode grunner for at konkursdebitor får slik rett, er behovene enda større i de nevnte sakstypene som ikke en gang får det dekket. Bruddet med EMK på dette punktet er åpenbart på bakgrunn av gjeldende praksis på strafferettens område. Det konkluderes med at rett til oppnevning av offentlig forsvarer ikke foreligger ved konkurskarantene

For øvrig gir kkl. § 149 som nevnt tvisteloven første del tilsvarende anvendelse. Ifølge tvl. § 3-2 har retten adgang til å pålegge en part å få bistand fra en prosessfullmektig om han ikke kan ivareta sine interesser på en forsvarlig måte, jfr. § 3-2. Selv om det verken er en hovedregel for retten eller parten å pålegge slik plikt, er det også en rettighet han har, selv om det ikke kan kreves dekket av det offentlige. Det resulterer i at konkurskarantene på dette punktet kan søkes ivaretatt gjennom disse reglene og er et fullgodt alternativ til EMKs art. 6 nr. 3 punkt c.

Det svenske næringsforbudet har i NL 8e § lovfestet retten til oppnevning av offentlig forsvarer om særlige grunner foreligger. Med andre ord foreligger det ikke en ubetinget rett. Av lovmotivene er det henvist til en vurdering av sakens kompleksitet og hvorvidt

parten selv kan ivareta sine interesser.¹⁷⁷ Mest sannsynlig vil påstanden om reaksjonens lengde være en slik grunn som kan gi rett til forsvarer, sml. norsk rettighetstap for alltid. Men lovgiver har heller ikke ønske om en restriktiv håndhevelse av regelen, og det tolkes dithen hensynet til individets rettssikkerhet veier tyngre enn prosessøkonomiske hensyn. Derfor konkluderes det med at næringsforbudet har lovfestede regler som samsvarer med EMKs minimumsrettighet, men med videre adgang enn det EMKs praksis anviser.

Til sammenligning minner regelen om bistand fra prosessfullmektig etter norsk rett.

Endelig har ikke dansk rett særlige regler om oppnevning av forsvarer. Dette er fordi frakjennelse av næringsbrev som reaksjon er av ren administrativ art. Selvfølgelig ved straffesak ville retten hatt anledning til å oppnevne en offentlig forsvarer, men reglene er temmelig lik norske på dette punktet, se retsplejeloven §§ 731-735. Utover dette finnes det tilsvarende regler som tvl. §§ 3-1 og 3-3 i retsplejeloven § 259 hvor retten kan pålegge en part å finne seg en prosessfullmektig der parten alene ikke klarer å ivareta sine interesser. Dette hensynet synes å være samme som det svenske næringsforbudets regel om oppnevning av forsvarer, selv om verken norsk eller dansk lovgivning benytter seg av ordet ”forsvarer”, men henholdsvis ”prosessfullmektig” og

¹⁷⁷ Svensk Karnov om Lag om Näringsförbud note 37, Prop. 1998/99:44 s. 25 og 30

”advokat”. Konklusjonen er at reaksjonens art ikke gir næringsinnehaveren noe rett til oppnevning av offentlig forsvarer, men på tross av det er det tvilsomt at fødevarenæringsbrevlovgivningen er i strid med EMK på dette punktet.

8.5 Rimelig tid

EMK art. 6 ”within reasonable time” innebærer et krav til at saksbehandlingen skal skje innen rimelig tid. Spørsmålet relaterer seg til saksbehandlingen fra konkursåpning til avsigelsen av kjennelsen. Betingelsen er et slag for effektivitet begrunnet av partenes innrettelsesbehov. For det er ingen tvil om at uvissheten er belastende for konkursdebitor om saken drøyer ut og han vet ikke hvordan han skal innrette seg. Domstolen drar også fordel av en rask ileggelse, både prosessøkonomisk og med hensyn til tiltakets preventive effekt.

I forhold til allmennprevensjonen er konkursskarantenereglene mer effektive, jo raskere avgjørelsen ilegges og får virkning, til fordel for både kreditorer og næringslivet. Individualprevensjonen får effekt ved at konkursdebitor lettere tilkjenner sine feiltrinn når det fortsatt er ferskt i minne enn hvis ileggelsen skjer lenge etterpå.

EMDs praksis uttalte at det skal foretas en helhetsvurdering hvor det vektlegges momenter som sakens kompleksitet, klagerens og myndighetenes atferd, og

avgjørelsens betydning for partene.¹⁷⁸ Disse momentene legges derfor også til grunn for fastleggelsen av ”rimelig tid” innen norsk rett.

I en annen sak har EMD tolket ”rimelig tid” ut fra sakstypens vanlige behandlingstid. I nevnte sak hadde saksbehandlingstiden for det opprinnelige søksmålet om kompensasjon for matutgifter tatt mer enn 10 år, og dette var åpenbart i strid med kravene til ”rimelig tid”.¹⁷⁹ Videre uttalte retten at utbetalingen av erstatningen hadde tatt 12 måneder, hvorav normalen for utbetaling for slike saker var 6 måneder. Avgjørelsene falt derfor i saksøkers favør. I overført betydning så er det ikke uvanlig bobehandlingen tar opp mot 1 år, ut fra boets omfang. Selve boinnberetningen som innstiller karantenen skal etter loven være innsendt senest 3 måneder etter oppnevningen, med mindre retten bestemmer annet, se punkt 3. I de tilfeller innberetningen blir forsinket vil spørsmål om fristoversittelse og fristforlengelse reises, uten at det får innvirkning på hvorvidt konkurskarantene kan begjæres fordi det ikke foreligger et krav til at boet fortsatt må være under behandling. Om det motsatte skulle være tilfellet vil boets plikt til å fremlegge sluttinnberetning likevel kunne redegjøre for de samme forholdene og fortsatt innstille konkurskarantene, se kkl. § 122. Derfor ligger problemet hovedsakelig i tiden fra innberetningen ble innsendt til avgjørelsen foreligger ved kjennelse. Av lagmannsrettspraksis har det fremkommet tilfeller hvor ileggelse har

¹⁷⁸ *Abramiuc v. Romania* jfr. *Kaic mfl. V. Kroatia*

¹⁷⁹ *Simaldone v. Italia*

skjedd 3 år etter konkursåpning og boet ble innstilt 1 år etter konkursåpning. I dette spesielle tilfellet var årsaken til sakens lengde grunnet i konkursdebitor ønske om samlet behandling.¹⁸⁰ Siden saksbehandlingens lengde var forårsaket av konkursdebitor kunne det ikke tale til hans fordel. Under rimelighetsvurderingen forelå det heller ikke grunner som talte imot at konkursskarantene ilegges et nytt tidspunkt. Motsatt ville reaksjonen vært virkningsløs. Det ble også lagt vekt på en senere straffesak hvor mulig rettighetstap vurderes, og dette kan tolkes som at en eventuell forlengelse av konkursskarantenes virkning kunne ha kommet på banen. I en annen kjennelse hadde retten delt seg i to. Mindretallet la avgjørende vekt på det faktum at det hadde gått 4 ½ år siden oppbudsbegjæringen, slik at det ikke var rimelig å ilegge konkursdebitor karantene. Et annet moment som talte imot illeggelse var at konkursdebitorerne hadde følt den betydelige ulempen av og ikke kunne innrette seg ettersom karantenespørsmålet har vært uavklart i så mange år. Flertallet delte ikke dette synet ved vurderingen. Den hadde lagt vekt på sakens omfang og alvorlighetsgrad som talte for å ilegge karantene. Saksbehandlingstiden ble ansett som en konsekvens av sakens kompleksitet og partenes holdning til konkursbehandlingen.¹⁸¹ Slutningen som kan trekkes fra rettspraksis er at kravet faller til fordel for konkursdebitor kun i de tilfeller retten har brukt unødig lang

¹⁸⁰ LF-1994-185

¹⁸¹ Borgarting lagmannsrett kjennelse 11.mai 1998 jfr. LE-1995-30 hvor den lange saksbehandlingstiden likevel ikke talte imot en konkursskarantene. Årsaken lå i uklare forhold i konkursboet, forårsaket av konkursdebitorerne selv.

tid på å avgjøre hvorvidt karantene ilegges og det er utenfor konkursdebitors kontroll¹⁸², enten om det er forut i tid eller etter. Ut fra disse avgjørelsene synes ”rimelig tid” å falle inn under rimelighetsvurderingen, hvor flere av EMDs momenter vil kunne være en del av helhetsvurderingen som er påkrevd i kkl. § 142. Sånn sett oppfyller konkursskarantenereglene likevel kravet til rettferdig rettergang på dette punktet og er i harmoni med EMK. Men det er tvilsomt at sistnevnte avgjørelse ville endt med samme utfall etter EMDs praksis.

For øyeblikket har Justisdepartementet i høringsnotat punkt 9.4 fremmet forslag om å sette tidsfrist for å behandle konkursskarantene. Gjeldende rett henviser også til ”rimelig tid” uten at det utdypes nærmere, jfr. tvl. § 5-2 (1) og (2) jfr. kkl. § 149. Departementet har foreslått en 3 ukers frist for uttalelse og begjæring om muntlig forhandling fra konkursdebitor.

Svensk rettspraksis antyder at en dominerende del av næringsforbudene ilegges i sammenheng med straffesaker, da tiltale reises av ”allmän åklagare”.¹⁸³ De fleste av sakene ble avgjort rundt 1 års tid etter at tiltale ble reist og det legges til grunn at

¹⁸² Ikke forårsaket forsinkelsen

¹⁸³ NJA 2006 s 346, NJA 1999 s 647 og NJA 2003 s 586

svenske straffeprosessregler¹⁸⁴ oppfyller vilkåret til ”rimelig tid” etter konvensjonen.

I de tilfeller hvor næringsforbud begjæres av forvaltningsorganer, fremkommer ingen regel i domstolsloven med hensyn til ”rimelig tid”. Det forutsettes at straffeprosessens regler anvendes analogisk på dette punktet.¹⁸⁵

Saksbehandlingstiden er heller ikke omtalt i dansk fødevarenæringsbrevlovgivning. Det henvises derfor til Retsplejelovens regler § 152a som inkorporerer prinsippet i EMK art. 6 ved lovfestet adgang til parten selv å begjære fristfastsettelse. Gjennom regelen har dansk lovgivning åpnet en videre adgang til oppfyllelse av kravet til ”rimelig tid” enn etter både norske og svenske regler. Det legges til grunn dansk lovverk er i harmoni med konvensjonen på dette punktet.

En annen side av ”rimelig tid” er om tilbakevirkningen mellom innberetningen og kjennelsestidspunktet underminerer konkursdebitors rettsforutberegnelighet. Ved konkursskarantene kan det ta lang tid før kjennelse om karantene avsies. Praksis har omtalt at gjennomsnittlig behandlingstid for innstilling av konkursboer etter kkl. § 135 er omtrent 200 dager, og det ble lagt til grunn at det store flertallet som ble ilagt

¹⁸⁴ Rättegångsbalken 45 kap. 14 §

¹⁸⁵ Svensk Karnov Lag om domstolsärenden note 2

karantene, ble gitt virkning fra og med kjennelsestidspunktet.¹⁸⁶

Tilbakevirkningsspørsmålet er derfor en høyst aktuell problemstilling. Samtidig kan det spørres om konkurskarantene er en påregnelig følge og debitor bør kunne forvente slikt utfall for så innrette seg deretter. Både teori og praksis har uttalt at det foreligger en viss mulighet for illeggelse av karantene ved konkurs, slik at konkursdebitor påtar seg en risiko ved å stifte selskaper eller påtar seg verv i mellomtiden.¹⁸⁷ Rettsoppfatningen er at det ikke er formildende om konkursdebitor har tatt en slik risiko.

Av rettspraksis har det ikke vært noe hinder at bobehandlingen var avsluttet før illeggelse av konkurskarantene kom på tale, jfr. Rt. 1992 s. 553 og Rt. 1991 s. 1216. Avgjørelsene taler for at konkursdebitor ikke kan utelukke slikt utfall og er en mulig følge ved konkurs. Retten har latt hensynet til debtors rettsforutberegnelighet vike til fordel for regelens effektivitet ved avveiningen. Rettssikkerhet er tilsynelatende ikke like tungtveiende i forhold til hensynet til håndhevelse av regelens formål, nemlig å hindre konkursrytteri.

I § 142 (4) foreligger en skjerpet konkurskarantene med ytterligere tilbakevirkning. Konkursdebitor utelukkes fra eksisterende verv, i tillegg til forbudet mot å påta seg fremtidige verv. Det virker ikke som mange har fått denne skjerpede reaksjonen og

¹⁸⁶ Ibid punkt 8.5

¹⁸⁷ Ibid

lovgivers nøkternhet i forhold til reaksjonen, tyder på at terskelen ligger ganske høyt. Hvordan er konkursdebitors stilling rettsikkerhetsmessig når han blant annet har innrettet seg for et annet utfall og allerede har foretatt stiftelser/påtatt verv i mellomtiden der det har gått mer enn 2 år etter konkursåpning. Schonhowd har nevnt muligheten til tvangsoppløsning og avvikling. Forarbeidene har heller ikke åpnet for en annen løsning.¹⁸⁸ Utgangspunktet er derfor konkursdebitor må ved konkursskarantene "legge fra seg" sine økonomiske interesser.

Videre har påtalemyndigheten også adgang til å begjære forlengelse konkursskarantenens virkninger etter kkl. § 143. Disse unntakene kan medføre stor usikkerhet for debitors rettsstilling.

Tilsynelatende blir resultatet ethvert økonomisk tap konkursdebitors sak, ettersom han påtok seg risikoen.

Svenske lovgivere synes å være av samme oppfatning som norsk lovgivning på dette punktet, men har valgt en helt annen innfallsvinkel. NL 18 § lovfester nemlig rettens adgang til å fastsette tid for avvikling av næringsvirksomhet, verv osv. om den ser et slikt behov ved illeggelse av næringsforbud. Svensk rettstilstand synes derfor ikke å se tilbakevirkningen som problematisk, spesielt med tanke på at næringsforbudet illegges

¹⁸⁸ Ot.prp.nr. 39 (1982-83) s. 8

etter konstaterte straffbare forhold som tyder på at næringsutøveren bør betrakte næringsforbud som en mulig følge.

Hvordan danske lovgivere har løst spørsmålet om tilbakevirkning ved frakjennelse av næringsbrev er ikke omtalt. Årsaken kan nok begrunnes ut fra at det ikke stilles noe konkurskriterium for frakjennelse. En naturlig konsekvens, i likhet med overfor, blir at den juridiske personen avvikler virksomheten og hvis det er en fysisk person som har fått frakjent næringsbrevet har han plikt til overlate roret til andre gjennom suksesjon eller avvikling. Heller ikke dansk rett anser tilbakevirkningen som et problem, grunnet den summariske saksbehandlingen. Ved 3 overtredelser kan næringsbrevinnehaveren regne med frakjennelse av næringsbrev som mulig følge.

8.6 Domstolens nøytralitet

Prinsippet om domstolens nøytralitet er grunnleggende for en rettferdig rettergang, jfr. EMK art. 6 ”independent and impartial tribunal”. Det henvises både til et krav om en uavhengig og upartisk domstol. Uavhengighetskravet utspringer fra prinsippet om maktfordelingslæren, hvor den dømmende makt skal være uavhengig av den lovgivende makt og utøvende makt. Ingen av de ulike maktinstansene kan styres av hverandre

gjennom instruks, men heller gjennom formell vedtatt lovgivning. Det grunnleggende hensynet bak er å forhindre maktmisbruk overfor borgerne.

EMD har uttalt at kravet til uavhengighet stilles opp mot utvelgelsesmetoden, som det legges til grunn er oppfylt her.¹⁸⁹ Det foreligger formelle regler med hensyn til inhabilitet i domstoloven kap. 6 som oppfyller kravet til upartiskhet. Ved karantenebehandlingen er det tingretten som behandler både konkursboet og karantenespørsmålet. Til gjengjeld er kjernen hvorvidt det er problematisk at ett og samme organ behandler begge forholdene. Gangen med at samme tingrett foretar bobehandlingen og innstiller konkursskarantene begrunnes ut fra et prosessøkonomisk hensyn. Ved formell straff ville det være totalt uavhengig, men det har også noe med arten av sanksjonen. Vil rettens tilsynelatende manglende objektivitet stille skyldner dårligere rettssikkerhetsmessig? Retten kan være forutinntatthet om den har behandlet konkursboet og samtidig skal vurdere spørsmålet om karantene. En annen ulempe ved en summarisk behandling er at retten ikke har tid til å sette seg inn i detaljene, samtidig som det avveies mot fordelen at ett og samme organ får et bedre utgangspunkt for å vurdere hvorvidt det bør innstilles konkursskarantene. En annen følge er også forgang i saksbehandlingen.

Ved ileggelse av konkursskarantene er det heller ikke snakk om påtale, ei heller

¹⁸⁹ Ergin v. Tyrkia

skyldkonstatering av de uforsvarlige eller straffbare forholdene. Reaksjonens sivile art taler for at det ikke foreligger en slik konflikt som undergraver rettens nøytralitet. Likevel vil svaret kunne være annet om samme instans og sammensetning avgjør det straffbare forholdet i en senere straffesak. På tross av det signaliserer skillet mellom sivilprosess og straffeprosess at det ikke foreligger brudd på nøytralitet. Om det skulle bringe tvil over saksbehandling, har uansett den tiltalte adgang til å reise spørsmål om habilitet, jfr. dl. §§ 106 jfr. 108.

Dette utsagnet fra Bergen tingsrett er av lite rettskildemessig betydning, men utsagnet tegner ganske godt gjeldende rettstilstand¹⁹⁰: *”Skifteloven § 145 gir skifteretten en vidtgående myndighet som omfatter alle sider av bobehandlingen, ikke bare den dømmende virksomhet men også den administrative delen av bobehandlingen. Skifteretten bør til tross for denne regelen være tilbakeholden og avstå fra aktiv deltakelse i en saksforberedelse som lett kan få karakter av etterforskning. Konkurskarantenespørsmålet bør behandles etter det kontradiktoriske prinsipp og ikke av skifteretten som inkvisisjonsdomstol. Konkurskarantene er i likhet med førerkortbeslag, en sivilrettslig reaksjon og ingen straff. Begge reaksjoner gjerne oppleves som det og kan med rette betegnes som en ren straffereaksjon, og bør av den grunn behandles deretter.”*

¹⁹⁰ <http://www.konkursradet.no/Annet/Konkurskarantene-99/>

Det svenske næringsforbudet har ikke et slikt problem ettersom det reises påtale etter straffeprosessen regler. Ved konkurstilfellet etter NL 2 § fremgår det av NL 8c § at samme tingrett som har behandlet konkursen skal ”behörigt at pröva ärendet”. Svensk rett betrakter heller ikke dette som et tillitsproblem til domstolens avgjørelser utad. Men situasjonen er den samme som ved norsk konkursskarantene på dette punktet.

I forhold til danskfødevarenæringsbrevlov stilles saken i et annet lys, men det bunner i frakjennelsens administrative karakter som foreskriver en summarisk behandling – 3 overtredelse og næringsbrev frakjennes. Overtredelsene er registrert av en forvaltningsmyndighet og begjært av denne mens frakjennelsen ilegges av domstolen. Saksbehandlingen foretas derfor av to helt uavhengige organer. Konklusjonen er at danske regler ikke stiller tvil om domstolens nøytralitet.

8.7 Likhetsprinsippet i forhold til skjønnsutøvelsen

Skillet mellom sivil- og straffeprosessreglene er i utgangspunktet ikke diskriminerende, noe EMD la til grunn. Det er mulig at EMD-saken D.C. H mot Storbritannia har et poeng med hensyn til likhetsprinsippet. Et utslag av likhetsprinsippet finnes i SP art. 14 nr.1: ”*All persons shall be equal before the courts and tribunals*”. Konvensjonen har blitt inkorporert i norsk lov, slik at prinsippet er bindende som norsk rett, sml. menneskerettloven § 2 nr.3.

Det reises spørsmål om hvorvidt det foreligger en diskriminering mellom vilkårene i kkl. § 142 (1) nr. 1 og nr.2. For konkursdebitor vil det være en viss mulighet for å kunne forutse sin rettsstilling om det vurderes karanteneileggelse etter straffalternativet enn det er etter den forholdsvis vide skjønnsutøvelsen i kkl. § 142 nr. 2 om uforsvarlig forretningsførsel.

Et annet scenario er at skjønnen kan resultere i ulik domstolspraksis. Følgende kan det føre til at konkursdebitor risikerer konkursskarantene i en rettskrets, mens ved en annen rettskrets finner retten det ikke foreligger rimelig grunn til å ilegge karantene. Også

juridisk teori har uttalt betenkeligheten ved illeggelse av konkurskarantene etter uforsvarlig forretningsførsel enn etter skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold.¹⁹¹ Forskjellen er en konkret vurdering mot en heller uforutsigbar skjønnsvurdering ettersom hva som er ”rimelig” oppfattes ulikt. Samtidig anerkjennes elementene av skjønn som sikkerhetsventiler. Uansett er det ikke til å komme utenom at selve skjønnsvurderingen kan være et tveegget sverd, og vilkårlig. Dette er et problem som ble adressert i Konkursrådets uttalelse nr. 44 punkt 1.2.

Justisdepartementet har i endringsforslaget forsøkt å avbøte dette problemet gjennom et forslag om at konkurskarantenen heller bør være en obligatorisk reaksjon. Samtidig anførte departementet at rimelighetshensyn talte for at resten bør forbli uendret. Uttalelsen i notatets punkt 5.1 kan tolkes som om departementet fremmer et enten-eller-synspunkt, hvor det ikke finnes rom for både skjønn og obligatorisk inntreden. Videre er departementets prinsipale formål å fremme bruk av konkurskarantene, slik at det ikke kan sees som et helhjertet forsøk for å endre forskjellen.

Som fakultativ reaksjon fikk instituttet en utilsiktet virkning ved at det førte til nøkternt bruk, noe som ikke effektiviserte formålet med regelen. På den andre siden kan forslaget bety et tilbakeskritt til den tidligere varianten fra 1976. Vil automatisk inntreden medføre en høyere terskel for anvendelse, altså få motsatt effekt?

¹⁹¹ Schonhowd (2001) s. 126

Til slutt foreligger det et annet forslag om endring av alternativ 2 for å kunne skape mer ensartet praksis av skjønnet gjennom lovfesting av momenter som skal legges vekt på ved vurderingen.¹⁹² Til gjengjeld kreves det fortsatt en selvstendig vurdering av de ulike momentene, inkludert ”skjellig grunn til mistanke”. Spørsmålet blir om forslaget (kalt alternativ 2 av Justisdepartementet) medfører reelle forandringer av skjønnsvurderingen. Men det gjenstår å se om forslaget blir vedtatt eller faller gjennom.

9 Vernet mot dobbeltstraff og dobbelt strafforfølgning

Ved inkorporasjon av menneskerettighetskonvensjonen og protokollene i menneskerettighetsloven, er disse å anse som gjeldende norsk lovgivning og bindende for Norge, se menneskerettloven §§ 1-3. Prinsippet om vernet mot dobbeltstraff¹⁹³ eller ”Right not to be tried or punished twice” omtales i Protokoll nr. 7, artikkel 4 nr.1¹⁹⁴: ”*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been*

¹⁹² Justisdepartementets høringsnotat (2004) punkt 5.2

¹⁹³ Non bis in idem

¹⁹⁴ [P7A4]

finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”. Det er et spørsmål om straffebegrepet skal forstås på samme måte i relasjon til konvensjonens¹⁹⁵ artikkel 6 (“criminal charge”), artikkel 7 (“criminal offence”) og P7A4 (“criminal proceedings”). I Rt. 2002 s. 1271 la Høyesterett til grunn at inndragning av gjenstander brukt ved straffbare handlinger var å anse som straffanklage (“criminal charge”) etter EMK artikkel 6 nr. 1. Men reaksjonen var likevel ikke å betrakte som straff i EMK artikkel 7s forstand, og P7A4 kom derfor ikke til anvendelse. Likevel må dommens betydning sees i lys av at inndragningen var en del av det primære straffbare forholdet som begrunnet inndragelsen. Inndragelsen ble ikke oppfattet som ”straff” fordi det dominerende formålet var å forhindre ytterligere straffbare forhold. Dommen kan heller forstås som P7A4 fører til en restriktiv tolkning av straffebegrepet slik at de andre tolkningstemaer i konvensjonen ikke nødvendigvis er kumulative vilkår for om en handling er straff, men heller er veiledende i fastleggelsen av handlingens art. Dette understrekes i Rt. 2003 s. 1100 hvor førstvoterende ga uttrykk for vurderingstemaet som EMD har anvendt for å avgjøre om en sanksjon skal anses som straff etter P7A4 faller sammen med vurderingstemaet etter artikkel 6 (avsnitt 46). Ut fra en direkte oversettelse ville det vært unaturlig å trekke den slutning artikkelen relaterte seg til sivilrettslige dommer, grunnet den sterke relasjonen til straffeprosessen

¹⁹⁵ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter jfr. mnskrl. § 2

gjennom begrepsbruken, jfr. ”in criminal proceedings”, “in accordance with the law and penal procedure”, ”offence” og ”finally acquitted or convicted”. Men rettspraksis har lagt til grunn at regelens rekkevidde også strakk til tidligere straffeforfølgning som allerede var ilagt tilleggsskatt etter vedtak av ligningsmyndighetene.¹⁹⁶ Straffebegrepet i P7A4 skal ikke forstås isolert fra straffebegrepet i andre bestemmelser i konvensjonen.

Utgangspunktet for resten av dette kapittelet er en vurdering om hvorvidt en ileggelse av konkursskarantene vil kunne stride mot prinsippet om dobbelt straffeforfølgning. Problemstillingene begrenses til tilfellene i kkl. § 142 (1) nr. 1 og (4). Tolkningen av ”tried or punished” i P7A4 trekker frem to sider av prinsippet om non bis in idem: a) en person som tiltales to ganger strider mot delen av prinsippet om dobbelt straffeforfølgning, b) hvorav det å bli straffet to ganger for samme forhold vil stride mot tilsvarende del av prinsippet om dobbeltstraff. A)-posisjonen oppfylles der det skjer en gjentakelse av rettsprosessen med ny tiltale basert på samme faktiske forhold, jfr. ”same conduct”. Dette kan også sees på som et utslag av realkonkurrens, hvor det underliggende straffbare forholdet tiltales etter ilagt konkursskarantene. Spørsmålet som reises fra dette utgangspunktet blir om konkursskaranten anses som ”endelig” domfellelse for straffbar handling. Men det avgjørende ved vurderingen er hvorvidt det er ”samme handling” som er gjenstand for begge reaksjonene, slik at

¹⁹⁶ Rt 2002 557

identifikasjonsspørsmålet¹⁹⁷ kan stenge for senere straffeforfølgning. B)-posisjonen er derimot når konkursdebitor idømmes ny straff som er tilnærmet lik eller identisk med den første straffen fordi sanksjonsbestemmelsene som ble benyttet er tilnærmet lik eller identisk med hensyn til de objektive gjerningsvilkårene, jfr. ("their essential elements"). Dette vil i så fall være et utslag av idealkonkurrens hvor det skjer en gjentakelse av skyldsvurderingen. I forhold til vurderingen om dobbeltstraff er det prinsipale spørsmålet som bør reises hvorvidt reaksjonen dreier seg om straff eller ei. Dette er allerede omtalt i tidligere kapittel 7.2 hvor det ble konkludert at konkurskarantene isolert som reaksjon ikke var straff, verken etter intern rett eller i forhold til EMK. Utgangspunktet for dette ståstedet er hvorvidt rettighetstap kan ilegges når det allerede har blitt ilagt konkurskarantene for det er utvilsomt slik at rettighetstap etter strl. § 29 er å betrakte som straff både etter intern rett og etter konvensjonen.

Norske rettskraftsregler skal forhindre dobbeltbehandling med hensyn til strafforfølgning, og dommens prejudisielle rekkevidde begrenser ytterligere adgangen til å føre ny tiltale basert på samme forhold. I Rt. 2003 s. 1221 avsnitt 39 ble vurderingen av hvorvidt konkurskarantenen er "finally", endelig dom, satt på spissen. Det var utvilsomt slik at konkurskarantene var endelig dom, men er den like fullt "endelig" med hensyn til de underliggende straffbare forholdene som begrunnet

¹⁹⁷ I sivilretten er det snakk om litispendens, men tilsvarende regel finnes ikke i straffeprosessen utenom fastleggelse av identitetskriteriene til sanksjonsbestemmelsene, jfr. Rettergang II s. 314-315.

ileggelsen etter kkl. § 142 (1) nr. 1? I Rt. 2003 s. 1221 avsnitt 42 har retten svart benektende til dette ved å henvise til at samme vurdering foretas i straffeprosessen ved bruk av tvangsmidler, og det under ingen omstendigheter kan sies å være endelig domfellelse av det underliggende straffbare forholdet. Bevisvurderingen taler på ingen måte i favør av at det er en endelig domfellelse av skyldspørsmålet i straffesaken. Og når de mulige straffovertredelsene materialiserer seg i en straffesak er det utvilsomt slik at det dreier seg om ”samme handling”. I Rt. 2003 s. 1241 ble spørsmålet vurdert i forhold til konkursskarantenens art og avgjørelsen sperret for etterfølgende straffeforfølgning. Retten avviste med den begrunnelse at konkursskarantenens virkninger er sivilrettslige, og at dette ikke samsvarer med lovens system, jfr. strpl. § 17.¹⁹⁸ En sivilrettslig dom er med andre ord ikke bindende i en straffesak, og kan således ikke sperre for senere straffeforfølgning uansett om det måtte dreie seg om samme handling. Konklusjonen er at kkl. § 142 (1) nr. 1 ikke er i strid med prinsippet om dobbelt straffeforfølgning.

Videre er spørsmålet om ileggelse av konkursskarantene forut medfører dobbeltstraff i relasjon til senere ileggelse av rettighetstap. Ut fra rettspraksis vil dette relatere seg til hvorvidt konkursskarantene er straff, jfr. P7A4 ”offence”. Da ville det fremstått klart om tilfellet strider mot prinsippet om dobbeltstraff ettersom det er de samme straffbare forholdene som er gjenstand og begrunnelse for begge reaksjonene.

¹⁹⁸ ”Avgjørelsen i den sivile sak er likevel ikke bindende ved avgjørelsen av straffesaken.”.

Tidligere var forholdet slik at rekkefølgen av reaksjonene tilsa hvorvidt det stred mot prinsippet eller ei, men denne rettsoppfatningen ble fraveket i Rt. 2002 s. 557. Det må derfor søkes hen til andre momenter for avklaring. Ved formålsrettet tolkning fremstår forlengelsen av karantenens rettsvirkninger som et middel til disposisjon for påtalemyndighetene til å stanse konkursdebitors straffbare aktivitet før etterforskningen av det underliggende straffbare forholdet er ferdig. Elementet av å ”forhindre videre” lovstridige handlinger synes å være det dominerende aspektet ved konkursskarantenen, sml. Rt. 2002 s. 1271. Likevel er ikke dette formålet like fremtredende ved andre tilfeller. Selve ileggelsen ble foretatt uavhengig av tiltale om rettighetstap i ettertid. Av den grunn vil det samsvare med gjeldende rettspraksis å konkludere med at forlengelse i påvente av ileggelse av rettighetstap etter kkl. § 143 (2) ikke strider mot prinsippet om dobbeltstraff.

Som middel for påtalemyndighetene er den hovedsakelig ment som midlertidig forføyning. Dette taler for at det ved anvendelse i påtalemyndighetenes hender bør det tilrettelegges for en tillempling av reglene i straffeprosessloven ut i fra rettssikkerhetsbetraktninger som hensynet mot maktmisbruk og tillit til rettssystemet.

Resultatet er tilsvarende for det svenske midlertidige næringsforbudet og den danske midlertidige frakjennelsen av næringsbrevet.

Selv om det ikke foreligger brudd på dobbeltstraff er det mulig retten åpner for at bestemmelsenes likhet i forhold til virkninger kan medføre slik problemstilling reises i retten. I Rt. 1996 s. 905 tok ikke retten til følge påstand om rettighetstap fordi debitor allerede var ilagt konkursskarantene i 2 år. Avgjørelsen kan tolkes dit hen at virkningene på reaksjonene er så like at det i praksis ville være å påføre debitor straff på straff på tross av at konkursskarantenen ikke er betegnet som straff. Derfor er ståstedet om at dobbeltstraffsspørsmålet ikke aktuelt så fremt konkursskarantenen ilegges først uholdbar. Dette spørsmålet er fortsatt uavklart i rettspraksis.

Ut fra min konklusjon i punkt 6.3 at næringsforbudet er straff blir spørsmålet om svenske prosessregler strider mot P7A4. Under den forutsetning at påstand om næringsforbud nedlegges i sammenheng med straffesaken etter 8 § og prosessreglene etter Rättegångsbalken benyttes er svaret at P7A4 ikke kommer til anvendelse. Dette er ut fra antakelsen at gjeldende straffeprosessregler etter Rättegångsbalken oppfyller konvensjonens krav til forsvarlig saksbehandling i forhold til straffeprosessen. Næringsforbudet vil da være en del av straffesaken og prosessen ivaretar næringsutøverens rettssikkerhet, jfr. "criminal charge". På den andre siden stiller det seg annerledes om næringsforbudet skjer etter domstolsreglene. Men det er ingenting som tyder på at næringsutøveren får en utilfredsstillende domstolsprosess etter EMKs standard av den grunn.

Er det dobbeltstraff om påtalemyndighetene forfølger saken, men avstår fra å nedlegge påstand om næringsforbud og forvaltningsorganer senere begjærer slik sanksjon? Det må sees hen til det svenske næringsforbudets formål som er å forhindre næringsutøveren fra å utøve virksomhet når han anses uskikket til det. Næringsforbudet er i denne sammenheng ikke en uavhengig vurdering av næringsutøverens egnethet i forhold til det å utøve næringsvirksomhet, på bakgrunn av de straffbare handlingene han har foretatt. Følgelig er den direkte tilknytningen gjennom en felles behandling i en straffesak tilstedeværende, slik at det kan være tale om dobbeltstraff. Samtidig som dette momentet i seg selv kan slå ut i begge retninger når det er et forvaltningsorgan som er motparten. Konklusjonen er likevel at det svenske næringsforbudet ikke strider mot prinsippet non bis in idem, såfremt det ikke er påtalemyndighetene som begjærer påtale og det svenske næringsforbudet betraktes som en forlengelse av straffesaken.

Selve prosessen for dansk frakjennelse skjer etter en domfellelse eller materialisert overtredelse. Det er utvilsomt slik at retten bygger på overtredelsen og domfellelsen og kan betraktes som en forlengelse av straffesaken, slik at avgjørelsen ikke kommer i strid med prinsippet om dobbeltstraff. Formålet med fødevarenæringsbrevloven er heller ikke pønalt, men regulerende. Selve frakjennelsesvurderingen av overtredelser av prioritert lovgivning, er heller en formodning om at næringsbrevinnehaveren ikke

lenger er skikket til å utøve virksomhet etter fødevarenæringsloven. Med andre ord stilles det betingelser for å opprettholde retten til næringsbrevet ved at næringsinnehaveren ikke begår overtredelser på relevant lovgivning.

Dessuten kan frakjennelse begjæres av forvaltningsorganene og reises uavhengig av påtalemyndighetene. Reaksjonens art og momentene tyder på at spørsmålet om dobbeltstraff i sin helhet faller utenfor. Konklusjonen er at dansk fødevarenæringsbrevlovgivning ikke er straff og derfor kommer ikke P7A4 til anvendelse.

10 Avsluttende bemerkninger

Gjennom en sammenligning av regelsettenes utforming kan det ikke sies at de representerer ett og samme institutt. Dette ble ytterligere avklart gjennom reaksjonens art. Konkurskarantene kunne verken betegnes som straff eller strafferettslig slik som det svenske næringsforbudet og heller ikke som en ren forvaltningsmessig reaksjon slik som dansk næringsbrev. Reglene var nemlig så forskjellige. Etter en helhetsvurdering av de ulike forskjeller og likheter virker det svenske næringsforbudet og konkurskarantenen å ha veldig mye felles både i forhold til virkeområde og spesielt rettsfølger. Dansk lovgivning er derimot en særvariant, selv om vurderingen for frakjennelse kanskje har mest til felles med konkurskarantenen og er tiltenkt gjengangere. Men grunnet det svenske næringsforbudets utvidede virkeområde virker den mer næringsregulerende enn konkurskarantenen, kanskje mer lik dansk næringsbrevlovgivning på dette punktet. Når både dansk og svensk lovgivning har en sterkere kobling til straffbare forhold trekker det i retning av at ingen av dem er helt lik konkurskarantenen.

Til slutt ble det foretatt en vurdering av gjeldende saksbehandlingsregler. Reaksjonenes art påvirket i stor grad denne drøftelsen, som for det meste var avklart med hensyn til dansk og svensk rett, men avdekket mangler i forhold til konkurskarantenen. Igjen, var

dette et gjennomgående trekk ved konkursskarantenen, den hadde en del mangler og kunne ikke settes i en spesifikk bås – sivilrettslig eller strafferettslig. Konklusjonen er at konkursskarantenen er en hybrid, ettersom den ville så mye ut fra sitt snevre utgangspunkt.

Faktum at konkursskarantenens rettsfølger er mindre inngripende medfører en mindre preventiv effekt enn rettsfølger etter det svenske næringsforbudet. Praksis har betraktet konkursskarantene som en formell avgjørelse uten videre konsekvenser. Kan det betraktes som lojalitet til lovgiverviljen at regelen fortsatt eksisterer som symboleffekt eller er det av mangel for andre midler som signaliserer at konkursrytteri ikke anerkjennes av storsamfunnet? Fortsatt er det uvisst hvor stor effekt dagens karanteneregler har. Statistikk antyder et jevnt antall på mellom 350-450 ilegges konkursskarantene årlig eller er i konkursskarantene ettersom regelen rettes hovedsakelig mot konkursgjengangere, med noen unntak. Det kan spørres om tallet gjenspeiler de samme personene som ilegges karantene gang etter gang.

Den preventive effekten kan eksemplifiseres med at rettssikkerheten ved straffesaker vil utvilsomt være bedre ivaretatt etter straffeprosessens regler enn sivilprosessen. Likevel vil det fortsatt være drøyt å generalisere hele sivilprosessen som et regelverk som ikke ivaretar individets rettssikkerhet, tilsvarende gjelder for konkursskarantenen. Instituttet har sine mangler, men fortsatt er det bedre enn ingenting og den har potensial til å bli noe ”bedre”. Uansett hvordan tvilen relaterer seg til den preventive effekten, kan det fortsatt tenkes at konkursdebitor får det betydelig vanskeligere med å skaffe seg nye investorer til å finansiere et eventuelt ansvarlig selskap, ettersom konkursskarantene kan fungere som kredittopplysninger for en kort periode i 5 år. Dessuten har næringslivet etter en konkursskarantene der selskapet har gått konkurs og konkursdebitor også fratas eksisterende verv, fått et selskap mindre som styres eller deltar på falske premisser. Resultatet er at reglene påvirker preventivt ved at en har luket ut dårlig lederskap som foretar uforsvarlige beslutninger gjennom sanksjonering av de som har foretatt disse handlingene. Derfor kan konkursskarantenereglene indirekte påvirke til etisk næringsvirksomhet og ikke minst å skjerpe aktsomhetsplikten hos selskapsledelsen. Eventuelt kan dansk fødevarenæringsbrevlovgivning være et fullgodt alternativ forutsatt

konkurskarantenen transformeres til en ren sivilrettslig reaksjon. For erverv av næringsbrev etter fødevarenæringsloven er det påkrevd med bestått næringsprøve. Gjennom næringsprøven settes generelle kriterier for forretningsmessig skikkethet og moralsk egnethet/standard for å stifte aksjeselskaper og sammenslutninger med begrenset ansvar. Kanskje konkurskarantenen heller skal stille krav til interessenter om å bestå en kunnskapsprøve i forhold aksjeloven, generell næringsvirksomhet i forhold drift og plikter, skatte- og momsregler osv. Hvis vedkommende ikke består "næringsvirksomhetstesten" får vedkommende avslag og kan ikke stifte selskapsformer med begrenset ansvar. Dette kan også være konsekvensen når han senere likevel overtrer regler i sammenheng med virksomheten i forbindelse med konkurs.

Min oppfatning er at konkurskarantene enda ikke har oppnådd sitt fulle potensial som institutt. Foreløpig er jeg egentlig i tvil om en sivilrettslig tilnærming er veien å gå ettersom den preventive effekten er et ganske viktig element, derfor heller min oppfatning mot en strafferettslig variant slik som det svenske næringsforbudet som utvilsomt er et middel mot økonomisk kriminalitet. Likevel ville det ideelle være et institutt med det svenske næringsforbudets utforming som inntreffer ved konkurs og med den danske fødevarenæringsbrevlovgivningens kvalifisering av selskapsutøvere for å kunne utøve næringsvirksomhet i ansvarsbegrensede selskaper.

Konkurskaranteneinstituttet er derfor snarere et spørsmål om en tydeligere definering av reaksjonens art og rettsfølger.

11 Lov- og forarbeiderregistre

1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

1967 Forvaltningsloven av 10. februar 1967.

1976 Aksjeselskapsloven av 4. juni 1976 nr 59.

- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25.
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (Konkursloven) av 8. juni 1984 nr 58.
- 1985 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven) av 21. juni 1985 nr 83.
- 1985 Lov om registrering av foretak 21. juni 1985 nr 78.
- 1993 Lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker av 8. Januar 1993 nr 21.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (Aksjeloven) av 13. juni 1997 nr 44.
- 1998 Lov om årsregnskap m.v.(regnskapsloven) av 17 juli 1998 nr 56.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30.
- 1999 Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) 21. mai 1999 nr 30.
- 1999 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller (autentisk engelsk tekst) av 21. mai 1999 nr 30.
- 2004 Bokføringsloven av 19. november 2004 nr 73.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av 17. juni 2005 nr 90.

Rättegångsbalk	Rättegångsbalk (1942:740)[Sverige]
Brottsbalk	Brottsbalk (1962:700)[Sverige]
Näringsförbud	Lag om näringsförbud (1986:436) [Sverige]
Konkurslag	Konkurslag (1987:672)[Sverige]
Domstolsärenden	Lag om domstolsärenden (1996:242) [Sverige]
Aktiebolagslag	Aktiebolagslag (2005:551)[Sverige]

Næringsloven Bekendtgørelse af næringslov nr 601 af 10. december 1975 med de ændringer, der følger af lov nr. 139 af 29. marts 1978, lov nr. 317 af 4. juni 1986 og lov nr. 851 af 23. december 1987. [Danmark]

Restaurationsloven Lov om restaurationsvirksomhed og alkoholbevilling m.v. Nr 256 af 6. maj 1993(Restaurationsloven). [Danmark]

Fødevarenæringsbrev Lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder Nnr486 af 9. juni 2004.[Danmark]

Fødevarenæringsbrev Bek. om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder nr 628 af 25. juni 2009. [Danmark]

Næringsprøve Bek. om aflæggelse af prøve til næringsbrev til visse fødevarevirksomheder (næringsprøve) nr 630 af 25. juni 2009.[Danmark]

Straffeloven Bekendtgørelse af straffeloven nr 1034 af 29. oktober 2009.[Danmark]

RetsplejelovenBekendtgørelse af lov om rettens pleje nr 1053 af 29. oktober 2009.[Danmark]

Lovforslag nr. L118: LF 118 08/09. Forenkling af reglerne om næringsbrev og udveksling af oplysninger m.v. [Danmark]

Lovforslag nr. L 168: LF 168 05/06. Forslag til lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love. [Danmark]

CDDA Company Directors Disqualification Act 1986 25th July 1986

1980-81 Ot. prp. nr. 50 (1980-81) Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

1982-83 Ot. prp. nr. 39 (1982-83) Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny

gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning mm

1983-84 Innst. O. nr. 56 (1983-84) Innstilling fra justiskomiteén om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m. m.

1998-99 Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m v

2003-04 Ot. prp. nr. 90 (2003-04) Om lov om endringer i menneskerettslova (inkorporasjon av protokoll nr. 13 og 14 til den europeiske menneskerettskonvensjon)

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 2001: 32 Rett på sak

NOU 2003:15 Fra bot til bedring

2004 Justisdepartementets høringsdokument: Endringer i reglene om konkursskarantene. Oslo, 2004.

Prop.1975:103 Regeringens proposition med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.

Prop.1979/80:83 om ändring i konkurslagen (1921:225)

Prop.1985/86:126 om lag om näringsförbud, m.m.

Prop.1995/96:115 En ny lag om domstolsärenden

Prop.1997/98:99 Aktiebolagets organisation

Prop.1998/99:44 Ändringar i lagen (1986:436) om näringsförbud.

12 Domsregister

Rt 1983 205

Rt 1983 1052

Rt 1991 932

Rt 1991 1216

Rt 1992 553

Rt 1993 100

Rt 1993 133

Rt 1994 892

Rt 1996 591

Rt 1996 905

Rt 1997 1079

Rt 1997 1251

Rt 2002 557

Rt 2002 1007

Rt 2002 1271

Rt 2003 409

Rt 2003 1100

Rt 2003 1221

Rt 2003 1241

Rt 2003 1243

Rt 2004 675

Rt 2005 1545

Rt 2007 1135

Rt 2009 1167

RG 1991 557

RG 1993 179

RG 1993 1144

RG 1993 1148

RG 1997 1657

LE-1991-1972

LF-1993-378

LF-1994-185

LE-1995-30

L381K/1997

LE-2001-506

LE-2007-43883

LE-2007-69355

LF-2008-139972

Frostating Kjennelse 29.desember 1995.

Frostating Kjennelse 10. mai 1996

Borgarting Kjennelse av 28. mai 1996.

Borgarting Kjennelse 10.februar 1997.

Borgarting Kjennelse 05.mars 1998.

Borgarting kjennelse av 11. mai 1998.

Borgarting Kjennelse av 13. august 1999.

NJA 1999 s 647

NJA 2003 s 586

NJA 2006 s 346

Benham v. UK Den europeiske menneskerettsdomstolen, Strasbourg, 24. mai 1996.

Engel v. Nederland Den europeiske menneskerettsdomstolen, Strasbourg, 8. juni 1976

D.C., H.S. and A.D. v. UK D.C. H.S. A.D. v. the United Kingdom Decision. 14. september. 1999. Gyldendal rettsdata: Fulltekst.

Davies v. UK Den europeiske menneskerettsdomstolen, Strasbourg, 16. juli. 2002.

Ergin v. Tyrkia Den europeiske menneskerettsdomstolen, Strasbourg, 4. mai. 2006.

Abramiuc v. Romania Affaire ABRAMIUC c. ROUMANIE. 2009-02-24.

Lovdata: EMDN (Sammendrag)

Kaic mfl. mot Kroatia Case of KAIC and OTHERS v. CROATIA. 2008-07-17.

Lovdata: EMDN

(Sammendrag)

Simaldone v. Italia Affaire SIMALDONE c. ITALIE. 2009-03-31. Lovdata: EMDN

(Sammendrag)

13 Lenker

Konkursrådet: Konkurskarantene. Oslo, 2002. [Sisert 14.09.2009]

<http://www.konkursradet.no/Annet/Konkurskarantene-99/>

Konkursrådets uttalelse nr. 44: Konkurskarantene. Oslo, 2003. [Sisert 14.09.2009]

<http://www.konkursradet.no/Uttalelser/Uttalelse-nr.-44-Konkurskarantene->

[480/#soketreff](#)

Konkursrådet anbefaling: Rettens behandling av konkursbegjæringer og konkursboer. Oslo, 2002. [Sisert 14.09.2009]

<http://www.konkursradet.no/Anbefalinger/Rettens-behandling-av-konkursbegjæringer-og-konkursboer.-7/>

Rettspraksis vedrørende konkursskarantene.

<http://www.domsdatabasen.no/>

Rettspraksis.

<http://www.lovdatabasen.no/>

Brønnøysundregistrene: Konkurskaranteneregisteret.

<http://www.brreg.no/registre/konkurs/konkurs.html>

Justitsministeriet kommissorium for Konkursrådet. København, 2000. [Sisert 05.05.2010]

http://www.justitsministeriet.dk/fileadmin/downloads/Lovforberedende_udvalg/Binder1.pdf

Dansk Erhverv til kommissorium. København, 2009. [Sisert 05.05. 2010]

<http://www.danskerhverv.dk/OmDanskErhverv/Udbudoghoeringer/Hoeringssvar/Documents/2010/Konkursraadets%20betaenkning%20om%20rekonstruktion.pdf>

Økonomi- og Erhvervsministeriet: Betækning nr. 1498 Modernisering af selskabsretten. København, 2008. [Sisert 05.05.2010]

http://www.eogs.dk/graphics/_ny%20eogs/Love%20og%20Regler/Selskaber/Aktieselskaber/572381_Bet%20enkning%201498.pdf

Opdal, Erling: Norskregistrert utenlandsk foretak (NUF), 2004. [Sisert 15.12.2009]

<http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=21&ArtKey=30>

Kunnskapsforlaget: Store norske leksikon om engroshandel. Oslo, u.å.

<http://www.sNLno/engroshandel>

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: BUTIK, HOTEL, RESTAURATION OG
NÆRINGSRET, u.å.

<http://www.eogs.dk/sw21256.asp>

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: Modernisering af selskabretten. København, 2008.

http://www.eogs.dk/graphics/_ny%20eogs/Love%20og%20Regler/Selskaber/Aktieselskaber/572381_Bet%E6nkning%201498.pdf

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: NÆRINGSBASEN FØDEVAREVIRKSOMHED
SÅDAN SKAL DU GØRE, HVIS DU DRIVER EN FØDEVAREVIRKSOMHED.
København, 2008.

[http://www.eogs.dk/graphics/publikationer/Butik%20og%20restauration/N%E6ringsbasen Brochure/E&S_brochure_2009_DK.pdf](http://www.eogs.dk/graphics/publikationer/Butik%20og%20restauration/N%E6ringsbasen%20Brochure/E&S_brochure_2009_DK.pdf)

Karnov: Lag om näringsförbud, prop. mv. [Sitert 14.09.2009]

<http://www.thomsonreuters.se/index.aspx>

Svensk rettspraksis

<http://www.lagen.nu/>

Lagutskottets betänkande: Betänkande 2001/02:LU19 Näringsförbud, m.m. Stockholm, u.å.
[Sitert 15.09.2009]

<http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?bet=LU19&nid=3322&rm=2001/02>

Karnov: Lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder mv.[Sitert 08.12.2009]]

http://www.thomson.dk/pls/pdb/katpage.show_all

Fødevarestyrelsen: Om fødevarestyrelsen. København, u.å.

<http://www.foedevarestyrelsen.dk/OmFoedevarestyrelsen/Forside.htm>

Bolagsverket: Bevis ur näringsförbudsregistret. Sundsvall, u.å.

http://bolagsverket.se/produkter_tjanster/naringsforbudsregistret/

Näringsdepartementet. Svensk författningssamling (SFS): Lag (1986:436) om
näringsförbud. Stockholm, u.å.

<http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=3911&bet=1986:436>

14 Litteraturliste

Rapport om näringsförbüdens efterlevnad. Rapport 2004:2. Ekobrottsmyndigheten. Stockholm, 2004.

Andenæs, Mads Hendry. Konkurs. Oslo, 1999

Lødrup, Peter. Lærebok i erstatningsretten. Oslo, 2005.

Hov, Jo. Rettergang III. Oslo, 2007.

Hov, Jo. Rettergang II. Oslo, 2007.

Hov, Jo. Rettergang I. Oslo, 2007.

